

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA

Suppression du principe de liberté

DES CONVENTIONS MATRIMONIALES

ET DU RÉGIME UNIQUE A ADOPTER

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le mercredi 5 juin 1912, à 4 heures 1/2

PAR

Jean-Émile REYNAUD

Président : M. AMBROISE COLLIN.

Suffragants : { MM. MASSIGLI,
BARTIN, { *professeurs.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

Arthur ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1912

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA
Suppression du principe de liberté

DES CONVENTIONS MATRIMONIALES
ET DU RÉGIME UNIQUE A ADOPTER

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS
Sera soutenu le mercredi 5 juin 1912, à 4 heures 1/2

PAR

Jean-Émile REYNAUD

Président : M. AMBROISE COLLIN.

*Suffragants : { MM. MASSIGLI, } professeurs.
 { BARTIN, }*



PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

Arthur ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1912



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DE LA
SUPPRESSION DU PRINCIPE DE LIBERTÉ
DES CONVENTIONS MATRIMONIALES
ET DU RÉGIME UNIQUE A ADOPTER

INTRODUCTION

L'étude juridique du mariage se divise en deux parties bien distinctes, en apparence au moins, relatives : l'une au rapport des personnes, l'autre au régime des biens. A la première, se rattachent les droits et devoirs réciproques des époux, leur capacité, la puissance maritale et la puissance paternelle ; la seconde comprend les questions suivantes :

Qui supportera les charges résultant du mariage et dans quelle proportion ?

Quelle sera la situation des biens appartenant à chaque époux ?

Chacun aura-t-il l'administration et la jouissance personnelle de ses revenus, ou bien cette administration et cette jouissance seront-elles confiées au mari ?

De même pour les biens acquis au cours du mariage : à qui appartiendront-ils ? Qui en aura l'administration et la jouissance ? Quels seront les droits de la veuve et ceux du mari survivant ?

Telles sont les principales questions pour la solution desquelles s'est formée une théorie spéciale, connue sous le nom de régime matrimonial.

Les deux groupes de règles que nous venons d'indiquer se trouvent dans une étroite dépendance, et cela est naturel, puisqu'ils sont faits l'un pour l'autre et sont destinés à se compléter. Le contrat de mariage, contenant les règles relatives aux biens, subit les vicissitudes du mariage en vue duquel il a été fait, et, d'autre part, il ne saurait pas plus y avoir mariage sans contrat régissant les biens que pareil contrat sans mariage. Aussi dans le cas où les époux n'ont pas pris soin de régler leur situation pécuniaire avant leur union, la loi leur a-t-elle imposé d'office un régime considéré par elle comme étant le plus parfait, celui que les époux sont censés avoir tacitement adopté.

La dépendance du régime des biens et de celui des personnes se manifeste encore par les conséquences qu'entraîne l'adoption d'un régime matrimonial sur la capacité de la femme et les pouvoirs du mari.

Cela étant, il est naturel que les règles applicables au régime des biens des époux dépendent de la conception dominante du mariage et de l'organisation de la famille à un moment donné. Si l'on considère le mariage comme une union étroite et indissoluble, les biens ne sauraient

être séparés et le régime de communauté s'imposera. Si au contraire, l'union conjugale est susceptible de prendre fin avec une plus ou moins grande facilité, la communauté présentera des dangers réels, et il conviendra, soit de la réduire en la limitant aux biens acquis à certains titres pendant le mariage, soit de lui substituer un régime de séparation de biens dans lequel chacun des époux conservera la propriété, la jouissance et l'administration de tous ses biens, que ceux-ci aient été acquis avant ou pendant le mariage.

Le régime matrimonial devrait donc, semble-t-il, être soumis à des principes identiques, aussi bien en ce qui concerne les personnes que les biens.

Or c'est l'inverse qui est admis.

Ainsi, le régime des personnes se trouve gouverné d'une manière uniforme, les époux sont emprisonnés dans des règles qu'il leur est interdit de modifier par leurs conventions. Au contraire, le régime des biens est soumis à un principe inverse, on laisse aux époux la plus grande liberté dans sa détermination. Bien plus, la liberté accordée en matière de conventions matrimoniales est reconnue plus largement qu'en toute autre matière ; certaines clauses, en effet, ici admises exceptionnellement, sont interdites dans tout autre contrat.

Aussi peut-on s'étonner de l'existence de règles si profondément dissemblables dans des matières à ce point connexes et dépendantes l'une de l'autre.

Pour justifier ces règles, on déclare à l'ordinaire que

l'union des personnes et les conséquences qui en découlent exigent une réglementation unique, le mariage constituant la base de l'ordre social et de l'ordre moral. On ajoute que les conditions et les garanties de l'union personnelle des époux, les droits et obligations qui en découlent, ses modes de formation et de dissolution, constituent des dispositions d'ordre public auxquelles on ne peut permettre de déroger.

En ce qui concerne le principe de liberté des conventions matrimoniales, on se contente de déclarer qu'il ne s'applique qu'à des intérêts privés et qu'il a été adopté par la loi pour favoriser les mariages dont la conclusion dépend fort souvent des conventions relatives aux biens ; favoriser la liberté de ces conventions, c'est favoriser les mariages.

Cette explication paraît suffire et répondre à toutes les objections, car les auteurs, en général, la reproduisent sans en donner d'autre.

Ce n'est pourtant, remarquerons-nous, qu'une simple affirmation, et qui ne cherche même pas à rendre compte de la différence des principes adoptés en des matières liées si étroitement.

Ces explications données, on se contente de déterminer les limites de cette liberté qui, si large soit-elle, ne saurait cependant être sans bornes. Mais précisément, quand on essaye de délimiter le champ d'application des deux principes opposés — liberté étendue quant aux biens, réglementation stricte quant aux personnes — on se heurte

à de grandes difficultés qui proviennent de l'étroite corrélation existant entre les deux matières ; et cela est tellement vrai que souvent, il est difficile de savoir si une clause constitue une disposition relative aux personnes ou aux biens, et quel est le principe qu'il faut appliquer.

Nous nous proposerons donc moins d'étudier dans ses détails et ses développements le principe de liberté des conventions matrimoniales que d'en faire la critique. Nous essayerons de faire ressortir l'antinomie des principes appliqués au régime des personnes et à celui des biens, et d'en faire apparaître les inconvénients.

Nous commencerons par un rapide exposé des conditions dans lesquelles le principe de liberté des conventions matrimoniales est apparu et s'est développé, et nous essayerons de montrer qu'étant de formation relativement récente, il ne présente aucun caractère de nécessité.

Les termes dans lesquels ce principe est formulé ont pu faire croire que le fait pour un régime d'apparaître sous l'aspect de la liberté devait marquer la fin d'une évolution. Nous essayerons au contraire de démontrer que ce principe de liberté n'est qu'une étape dans l'évolution du droit matrimonial ; il semble s'être développé à une époque où l'harmonie avait cessé de régner entre la réglementation relative aux personnes et celle relative aux biens. Ce principe a permis de rétablir conventionnellement cette harmonie. Dès que la communauté, telle qu'elle résultait de la coutume, cessa de répondre à la conception courante du mariage, qu'elle fut en désaccord avec les

mœurs et les besoins nouveaux, qu'en un mot l'organisation de la famille eut évolué, le principe de liberté des conventions matrimoniales, en se développant, vint permettre de modifier cette communauté, et d'en adopter les règles aux nécessités nouvelles.

C'est donc pour des raisons de circonstance que ce principe a pris naissance et a reçu, avant de passer dans la loi, une extension de plus en plus grande.

Ces raisons s'évanouiront, si nous montrons que le principe de liberté des conventions matrimoniales a eu des effets fâcheux, qu'il va à l'encontre des principes généraux de notre droit en matière de capacité, puisqu'il permet de faire varier celle de la femme par convention, et qu'il comporte à l'heure actuelle de graves inconvénients.

Mais, cette opinion admise, une autre question doit alors être examinée, celle de savoir comment devront être réglés les intérêts pécuniaires des époux ; une seule solution nous paraît possible : leur réglementation par voie de disposition légale uniforme et applicable à tous.

En effet, la critique essentielle qu'on peut diriger contre la législation matrimoniale consiste dans le désaccord existant entre les principes régissant la personne des époux et ceux régissant leurs biens.

Dans notre conception, en raison de la connexité très étroite qui existe entre la personne des époux et leurs biens, l'absence complète de réglementation spéciale établie pour les biens des époux et leur soumission aux rè-

gles generales du droit correspondraient à certaines théories d'union libre, mais non au mariage tel qu'il est actuellement établi par la loi.

Puisque le régime des personnes et celui des biens doivent être en harmonie, il est indispensable qu'ils soient soumis à une réglementation qui ait la même origine et s'inspire des mêmes principes.

Il nous restera enfin à rechercher quel est le régime légal des biens des époux en harmonie avec la conception actuellement dominante du mariage.

PREMIÈRE PARTIE

DU PRINCIPE DE LIBERTÉ DES CONVENTIONS
MATRIMONIALES

SECTION I

SON HISTORIQUE. — SES ORIGINES

§ 1^{er}. — Le droit romain.

En droit romain, la théorie du contrat de mariage était des plus simples, car la liberté des conventions matrimoniales n'existait pas.

Le mariage romain (1), ainsi que toutes les institutions fondamentales, comme la famille et la propriété, a subi plus d'une modification essentielle au cours des longs siècles écoulés depuis la fondation de la Ville jusqu'à Justinien : on l'a sans cesse modifié, transformé, « humanisé » pour le tenir au courant des idées et des mœurs.

(1) Définitions célèbres : Modest. D., 23,2,1 ; Inst., 1,9,1.

I. — *Ancien droit.*

L'ancien droit a connu deux sortes de mariages : le mariage *cum manu*, et le mariage *sine manu*.

Mariage cum manu (1). — Le mariage *cum manu* est la première forme juridique du mariage chez les Romains, croyons-nous. En effet : *a*) seul il demande des formalités pour sa conclusion, et celles-ci cadrent bien avec l'esprit formaliste du très ancien droit ; *b*) les XII Tables, 6, 4 (Gaius, I, 111) mentionnent un expédient pour que la femme ne tombe pas sous la *manus* de son mari par suite de l'*usus* ; n'est-ce pas dire qu'en règle générale le mariage *sine manu* n'était qu'une exception ?

Dans le mariage avec *manus*, par suite de sa *capitis deminutio minima* (Gaius, I, 162), la femme sort de son ancienne famille pour entrer dans celle de son mari en qualité de fille de ce dernier (*loco filiae*). Aussi le mari acquiert-il sur sa femme la même puissance qu'il a sur ses enfants, c'est-à-dire une puissance absolue (*vitalis necisque potestas*) qui n'a d'autres limites que celles que lui imposent sa volonté et les mœurs. Et comment pourrait-il en être autrement dans une organisation où la famille est basée sur la puissance ?

A ce stade, il n'existe pas de conventions matrimoniales entre la femme et le mari ; puisque la personne de la femme est la propriété du mari, il en est nécessairement de même de ses biens.

(1) Cf. Girard, *Manuel*³, p. 148 et suiv.

Par conséquent, tout ce que la femme apporte, tout ce qu'elle acquiert par la suite, est la pleine propriété de son mari, et ses biens, pas plus au cours du mariage qu'après sa dissolution, ne sont soumis à un régime distinct, mais se confondent dans le patrimoine du mari avec les biens propres de ce dernier.

Mariage sine manu. — Le mariage *sine manu* — dont l'existence est, avons-nous vu, attestée par les XII Tables¹ — semble être une réaction un peu excessive contre les données de la *manus*.

Le père n'abdique plus sa puissance pour abandonner sa fille *in manum*, mais confie seulement celle-ci au mari « à titre précaire », a-t-on dit, *liberorum quaerendorum causa*.

La femme ne sort plus de sa famille d'origine.

Si elle est *sui juris*, sous la tutelle de ses agnats, elle le reste ; quand disparut la tutelle des agnats, la femme resta maîtresse de sa personne et de ses biens.

Si la femme est *alieni juris*, elle reste sous la *patria potestas* de son père ; elle acquiert pour ce dernier et reste soumise à sa juridiction domestique.

Quant aux biens. — Si la femme est *alieni juris*, elle ne peut avoir de biens propres ; si elle est *sui juris*, ses biens demeurent sa propriété ; les patrimoines du mari et de la femme restent absolument distincts.

Cependant, on imita partiellement ce qui se passait dans le mariage avec *manus* : pour aider le mari à *onera matrimonii sustinere*, on admit qu'il pourrait recevoir à cet effet

une certaine quantité de biens ; c'est la dot, *dos, res uxoriae*. Si la femme est *alieni juris*, la dot sera constituée par son père ; si elle est *sui juris*, elle se constituera la dot elle-même (cette dot sera composée de tout ou partie de ses biens).

A partir de ce moment, on peut opposer les *res dotales* aux *res extra dotem constitutae* de la femme *sui juris*.

Pour les biens qui constituent la dot, de même que dans le mariage avec *manus*, le mari est *dominus dotis*, propriétaire de la dot qui se confond dans son patrimoine avec ses autres biens.

En cas de divorce ou *repudium*, le mari garde encore la dot.

Dans le régime que nous venons d'exposer comme étant celui de l'ancien droit, il n'y a qu'un seul terme en matière de dot : c'est la constitution de celle-ci. Une fois constituée, la dot est acquise pour toujours en pleine propriété au mari qui ne sera jamais tenu de la rendre.

Ce système fut considéré comme satisfaisant puisque pendant cinq siècles on ne songea pas à le modifier : *memoriae traditum est, quingentis fere annis post Romam conditam nullas rei uxoriae neque actiones neque cautiones in urbe Roma aut in Latium fuisse* (Aul.-Gel., 4, 3, 1).

II. — *Epoque classique.*

A la fin de la République, après les conquêtes, après le contact avec la Grèce, Rome s'enrichit et il en résulta une grande dépravation des mœurs. Le divorce et le *repudium*

s'implantèrent et cela d'autant plus facilement que *libera esse matrimonia antiquitus placuit, ideoque pacta non licere divertere, non valere* (Alexandre Sévère, C., 8, 39, 2).

Les mariages correspondant au *consortium omnis vitae* furent de plus en plus rares : *rara sunt tam diuturna matrimonia, finitima morte, non divortio interrupta* (*Laudatio de Turia*, Girard, *Textes*³, p. 778).

Le divorce devint la fin normale des mariages (Loi significative : D., 50, 16, 240).

L'empereur Auguste réagit contre cette licence ; il favorisa les mariages et y introduisit plus de décence.

Quant aux *repudia*, on frappa de déchéances politiques (*nota* du censeur : Val. Max., 2, 9, 2) et pécuniaires ceux qui avaient exercé le droit de répudiation sans justes motifs, ou encore ceux qui avaient donné à leur conjoint de justes motifs de répudiation ; mais le droit de répudiation reste intact, et il est défendu aux conjoints de le supprimer par convention contraire : *libera matrimonia*.

Pour les biens : alors, comme aujourd'hui, *vir indotalam uxorem non ducit* ; or, *rei publicae interest mulieres dotes salvas habere propter quas nubere possunt* (D., 23, 3, 2) ; il fallait que la femme répudiée ou divorcée puisse se remarier, et pour cela, il lui fallait une dot. Aussi, même avant les lois d'Auguste, l'usage s'introduisit-il de ménager la restitution de la dot : ce fut l'objet de la *cautio rei uxoriae*. Au moment où l'on constituait la dot on greffait une convention verbale par laquelle le mari s'engageait à ren-

dre la dot lors de la dissolution du mariage. La *cautio rei uxoriae* était un contrat verbal (de droit strict) qui donnait naissance à l'*actio ex stipulatu* (également du droit strict).

Mais les parties pouvaient avoir omis de faire les stipulations nécessaires : l'autorité intervint donc en donnant l'*actio rei uxoriae* à la femme, — même en dehors de toute stipulation — pour réclamer au mari *quod acquius et melius erit* (Cic., *Top.*, 17, 66).

Dans ce nouveau système, le mari reste encore propriétaire de la dot, mais il est tenu de la restituer. Il y a donc : 1° constitution de la dot ; 2° restitution de celle-ci.

Comme le mari doit restituer la dot, on a pensé que pour assurer cette restitution, il valait mieux restreindre ses pouvoirs sur la dot même pendant le mariage ; c'est ce que fit la loi Julia *de adulteriis* (chapitre relatif au fonds dotal) votée sous Auguste (736 ?). Par cette loi *caveatur ne dotale praedium (italique) maritus invitâ uxore alienet* (Paul, *Sent.*, 2, 21^b, 2).

Il y a donc : 1° constitution de la dot ; 2° restitution de celle-ci ; 3° restriction des pouvoirs du mari.

Nous remarquerons que le mari reste toujours propriétaire de la dot, avec les mêmes pouvoirs qu'auparavant, sur les biens dotaux suivants : 1° meubles ; 2° immeubles provinciaux ; 3° immeubles italiques constitués en dot avec estimation (l'estimation vaut vente, et le mari n'est plus débiteur de la chose, mais du prix).

Pour les immeubles italiques : le mari est seulement dépouillé du pouvoir 1° de les aliéner sans le concours de

sa femme ; 2° de les hypothéquer même avec le concours de sa femme (combinaison de la loi Julia et de la défense faite aux femmes d'intercéder).

En résumé, il n'était pas plus question après l'établissement de ce régime dotal de liberté des conventions matrimoniales qu'il n'en avait été question à l'origine ; nous venons de voir qu'avant le vi^e siècle non seulement les conventions matrimoniales n'étaient pas libres, mais il n'en existait même pas au sens propre du mot, nous entendons par là qu'il n'existait pas de conventions relatives au mariage soumises à un régime spécial, à des règles propres. Comme nous l'avons indiqué, les biens des époux étaient régis par le droit commun, celui auquel était soumis le patrimoine des individus selon qu'ils étaient *sui juris* ou *alieni juris*.

Après cette première période, quand la *manus* fut tombée en désuétude et que, selon l'expression de M. Lefebvre (1), « les Romains furent fixés dans leur système matrimonial impliquant dot, paraphernaux et Velleien, on voit bien qu'ils ont connu un usage assez libre de *pacta dotalia* relatifs à la constitution ou à la restitution de la dot ; mais ils n'admettaient pas qu'il fût possible de modifier le fond de leur régime dotal et encore moins de lui en substituer un autre tout opposé, retirant au mari le *dominium dotis*, ou répudiant loi Julia et Velléien. Ils ne paraissent avoir connu qu'un seul régime matrimonial

(1) Lefebvre, *Histoire du droit matrimonial français. Le droit des gens mariés*, 1908, p. 424.

répondant à leur manière de concevoir l'union des personnes, c'est-à-dire séparant les biens des époux, sauf en ce qui concerne la dot de l'épouse *ad onera matrimonii*. Jusque dans le droit de Justinien c'est toujours le régime dotal, gravement modifié par ce prince quant à ses règles légales, qui demeure régime unique et imposé. » L'auteur reconnaît cependant que s'il a pu en être ainsi, c'est grâce à certaines pratiques qui donnaient à ce système une souplesse particulière.

« Avec le système de constitution d'une dot et la réserve plus ou moins étendue des paraphernaux, avec la faculté d'estimer ou non les fonds dotaux, avec la faculté même d'adjoindre une société convenue aux termes du droit commun » (1), les époux avaient le moyen de faire varier dans une mesure assez large leurs droits respectifs concernant la propriété ou la jouissance de leurs biens. Mais il n'en est pas moins vrai qu'on était loin d'un régime de liberté des conventions matrimoniales avec la loi Julia prescrivant et imposant l'inaliénabilité du fonds dotal et le sénatus-consulte Velleien renforcé par l'authentique *si qua mulier*.

Après avoir constaté que le principe de liberté des conventions matrimoniales n'était pas connu à Rome, nous allons voir, dans un deuxième paragraphe, qu'il en fut de même au début de notre ancien droit ; nous montrerons comment ce principe s'est développé progressivement pour aboutir à la forme qu'il a reçue dans le Code civil.

(1) Lefebvre, *op. cit.*, p. 424.

§ 2. — L'ancien droit.

Au moyen âge, c'est la communauté qui constitue le régime en vigueur des biens des époux. Jusqu'au ^{xiii}^e siècle, elle est, selon l'expression de M. Lefebvre, « conçue suivant la donnée naïve et franche d'action commune et de compagnie de biens entre deux associés, dont l'un tenu pour chef (1) ». Elle comprend : les meubles, les conquêts et les dettes. Gouvernée par le mari, elle s'établit de plein droit par la force de la coutume, à la suite de tout mariage, sans que les époux puissent l'écarter, ni la modifier.

Dans le droit coutumier primitif, dit M. Lefebvre, il ne pouvait être question d'écarter entre époux la donnée fondamentale de compagnie ou communauté, et par la suite, la faculté de déroger à cette communauté ne fut jamais admise en pays coutumier aussi largement que de nos jours, parce qu'on ne pouvait stipuler l'inaliénabilité ou l'incapacité ainsi que le permet notre Code civil.

M. Lefebvre trouve la preuve de ces divers points dans la règle impérative de collaboration des deux époux avec le partage qui apparaît déjà dans la loi Ripuaire et le capitulaire de 821 (2).

Après le ^{xi}^e siècle, c'est encore cette règle et cette règle seule qui se dégage tant des chartes des communes que

(1) Lefebvre, *op. cit.*, p. 293.

(2) Lefebvre, *Introduction à l'Histoire du droit matrimonial français*, 1900, p. 445 et suiv. ; *Histoire du droit matrimonial français ; Le droit des gens mariés*, 1908, p. 139 et suiv.

des plus anciens coutumiers, tels que Jostice et Plet, ou les Etablissements de Saint-Louis. « Chacun sait, dit Beaumanoir (1), que Compagnie se fait par mariage ; car sitôt comme mariage est fes, li bien de l'un et de l'autre sont communs par la vertu du mariage. » La même conclusion résulte aussi des *Olim* et surtout mieux encore du rapport intime qui reliait alors cette compagnie d'action et de biens à toute la conception du mariage et de la société conjugale, telle que l'avait ordonnée la direction chrétienne du moyen âge. En un mot, celle-ci cadrerait trop avec l'idée du mariage dominante à cette époque pour ne pas s'identifier avec lui. L'union conjugale comportant un régime de biens approprié à celui des époux qui étaient alors unis d'une manière indissoluble, et le mariage étant organisé d'après la devise de l'Ecriture « *erunt duo in carne una* » ou selon l'expression de l'époque « uns et communs en biens », comment concevoir un régime autre que celui de la communauté ? Cette conformité entre les deux régimes des personnes et des biens, apparaît nettement dans cette citation de Prévôt de la Janès (2) : « La communauté est une société de biens que deux personnes qui se marient ensemble contractent, ou sont censées par la présomption de la loi contracter à l'instar de la société de vie qui fait l'essence du mariage. » M. Lefebvre a d'ailleurs soin de souligner que pour cette raison la compagnie conjugale

(1) *Coutume de Beauvoisis*, chap. XXI, n° 662 (cité par M. Lefebvre).

(2) Prévôt de la Janès, *Principes*, n° 329 (cité par M. Lefebvre).

ne pouvait se développer suivant les notions ordinaires de la société civile, telles qu'elles provenaient du droit romain. La société était faite pour répondre à d'autres nécessités. « Il ne s'agissait entre époux, dans leur communauté, ni d'une société faite surtout en vue de gains et de profits, ni d'une société librement formée entre personnes traitant à rôle égal et pour le temps qu'il leur plaît de fixer et de maintenir d'un commun accord. La communauté conjugale dérivant du mariage même, avec son lien indissoluble, devait s'ordonner avec lui comme une société qui ne peut être rompue par mutuel dissentiment (1). »

Sans doute, on trouve pendant tout le moyen âge une pratique ininterrompue de conventions matrimoniales connues sous les noms de : *libelli dotis*, *spontalitia* ou *dotalitia*, convenances, traités ou contrats de mariage. Mais, on doit le remarquer, dans la plupart de ces actes il n'est dit mot de la communauté, pas plus pour l'adopter que pour la modifier ou l'exclure ; ils ont tous trait à la *dos ex marito* (*dotalitium* ou *douaire*), à des renonciations à succession future, à des institutions contractuelles, et l'on n'y observe rien, pour ou contre la communauté. Aussi est-il permis de conclure que la libre convention était étrangère à cette matière et ne pouvait ni modifier, ni à plus forte raison exclure la communauté (2).

(1) Lefebvre, *Histoire du droit matrimonial français. Le droit des gens mariés*, 1908, p. 295.

(2) Cf. Lefebvre, *op. cit.*, p. 406 et suiv.

A partir du XIII^e siècle et sous l'influence du droit romain, la notion de la communauté commence à s'altérer, les pouvoirs du mari vont s'étendre et ceux de la femme diminuer. Et au fur et à mesure que se modifient les rapports des personnes, le régime de leurs biens change également. M. Lefebvre fixe au XVI^e siècle la date à laquelle ont commencé à se produire ces changements ; il invoque à l'appui de cette manière de voir les anciennes Coutumes de Lorris et l'article 188 de la première Coutume d'Orléans (1509) qui disent que les renonciations ou exclusions de communauté, même convenues au contrat de mariage, ne peuvent être opposées aux créanciers des époux, parce que ces créanciers ont dû compter sur l'état conjugal de communauté ; cette disposition n'a pas été reproduite dans la seconde rédaction de 1583. Les Coutumes de Nivernais, de Bourbonnais, de Berry, etc..., rédigées au cours du XVI^e siècle, énoncent déjà la faculté de déroger à la communauté. « C'est donc bien de cette époque, conclut M. Lefebvre (1), qu'on peut dater l'apparition et la consécration doctrinales d'un principe nouveau, nous montrant formulée et appliquée plus souvent une certaine liberté des contrats de mariage, en vue surtout de modifier la communauté légale, parfois aussi, mais rarement sans doute, pour l'écarter. »

Le principe nouveau se développa par des clauses modificatives des données secondaires de la communauté en laissant toutefois intacts ses principes essentiels.

(1) Lefebvre, *op. cit.*, p. 411.

Ces premières modifications consistèrent à faire varier la composition active ou passive de la communauté, telle que l'avait fixée la Coutume. Les stipulations les plus anciennes sont les clauses dites d'emploi et de remploi. L'usage avait imposé aux maris l'obligation de réserver comme propres de leurs femmes, une partie de l'apport de celles-ci. Cet usage se comprenait très bien quand l'apport était mobilier, ce qui représentait la généralité des cas ; il avait la même utilité lorsqu'un propre de la femme venait à être vendu.

Par la suite, d'autres clauses furent stipulées dans le but d'équilibrer les apports des futurs époux. Au moyen-âge, pareille préoccupation ne dut pas être fréquente à cause de la nature des biens composant les fortunes. Les fortunes mobilières étaient rares sinon inexistantes. Mais à partir du xvr^e siècle, les besoins changent : avec le développement du commerce, les apports mobiliers deviennent plus fréquents et plus considérables. Il apparut alors un phénomène analogue à celui que nous avons vu se produire au cours du siècle dernier par suite du développement des valeurs mobilières. Mais à cette époque, il aboutit à des conséquences différentes de celles auxquelles il nous a été donné d'assister. Au xix^e siècle, le mouvement dont nous venons de parler se traduit par des restrictions apportées conventionnellement à la communauté légale établie par le Code civil. Au xvr^e siècle le développement des apports mobiliers et de la richesse commerciale provoqua l'adoption de deux sortes de clauses qui ne portèrent

aucune atteinte à la communauté telle que l'avait établie la Coutume, — les clauses d'ameublissement et de réalisation des meubles. Et ceci vient encore à l'appui de l'idée déjà exprimée par nous, à savoir que les deux régimes doivent toujours cadrer, et que si ce résultat n'est pas obtenu par la loi, il doit l'être par la convention. Celle-ci ne fait qu'approprier le régime des biens au régime dominant des personnes.

L'équilibre pouvait d'ailleurs se trouver rompu non seulement en ce qui concerne l'actif, à raison de la nature des biens appartenant aux futurs époux au jour du mariage, mais aussi à raison de la composition du passif. Un autre moyen de rétablir cet équilibre était de convenir par la clause de séparation de dettes, que chacun des époux aurait à conserver et à supporter son passif antérieur au mariage. Cette clause a été prévue en plusieurs rédactions de Coutumes et en particulier à Paris en 1580. Elle figure en outre dans les *Arrêtés* de Lamoignon (1).

Quant à la clause de réalisation des meubles, qui est une création de la pratique, elle ne reçut jamais de consécration expresse.

En stipulant à la fois la réalisation de tous meubles présents et à venir et la séparation de dettes, on obtint le régime connu aujourd'hui sous le nom de : « Communauté réduite aux acquêts ». C'est seulement par la combinaison des deux clauses précitées que ce régime apparut alors dans la pratique.

(1) Lamoignon, *Arrêtés*, art. 17 à 20.

On ne s'en tint pas aux clauses modificatives de l'actif ; on fut amené, par suite d'influences diverses, à stipuler que le partage de la masse commune ne se ferait pas par parts égales ; de là naquit le forfait de communauté.

Les clauses les plus usitées étaient : celle de préciput applicable aussi bien au mari qu'à la femme, et celle de reprise d'apport franc et quitte au profit de la femme seulement.

La clause de préciput permettait de réserver par prélèvement au profit du conjoint survivant tout ou partie des meubles communs.

Quant à la reprise d'apport franc et quitte, elle apparut comme la conséquence du mouvement qui tendait à la protection de la femme et qui avait déjà fait introduire comme institution légale le droit pour cette dernière de renoncer à la communauté. Cette clause vint compléter tout le système de protection édifié en faveur de la femme par la pratique et la jurisprudence, et consistant essentiellement outre la faculté de renoncer, dans le bénéfice d'émolument et les récompenses garanties à la fois par un droit de priorité et une hypothèque. Par ces divers moyens les propres de la femme se trouvaient sauvegardés au cas où la communauté était mauvaise. La clause de reprise d'apport franc et quitte complétait ce système de protection même à l'égard des apports mobiliers mis en communauté (1).

(1) Cf. Lefebvre, *op. cit.*, p. 420 et suiv.

Telles sont les clauses dont l'adoption fit apparaître et se développer le principe de liberté des conventions matrimoniales. Elles modifiaient sans doute la physionomie de la communauté, mais sans en altérer les caractères essentiels.

Il est deux catégories de stipulations qui ne furent jamais admises : celles qui auraient porté atteinte aux pouvoirs du mari comme chef et seigneur de la communauté, et celles par lesquelles on se serait proposé de renoncer même par contrat de mariage au système de protection légale établi peu à peu par la coutume et la jurisprudence dans l'intérêt de la femme.

Cela étant, on est amené à se demander comment on a pu admettre des clauses exclusives de la communauté et le régime de séparation de biens. De telles dispositions, il est vrai, ne passèrent jamais dans les Coutumes ; celles-ci n'autorisèrent jamais à stipuler la séparation de biens conventionnelle ni le régime exclusif de communauté, mais il n'en est pas moins certain que de telles conventions, rares sans doute, étaient pourtant admises par la jurisprudence et la pratique qui les avait introduites.

L'admission du régime exclusif de communauté ne présentait pas de difficultés aussi considérables. En effet, par l'introduction des diverses clauses déjà énumérées, on avait rompu avec l'ancienne conception, et il n'y avait pas de raison pour écarter la clause excluant la communauté, surtout si cette clause était écrite dans le contrat de mariage, c'est-à-dire du consentement de la femme et de ses

parents. Le régime exclusif de communauté ne porte aucune atteinte à la puissance maritale ni à l'ordre public. Il était déjà depuis longtemps pratiqué dans les pays soumis à la Coutume de Normandie et il concordait assez exactement avec le régime qui, d'après le droit romain, existait entre les époux au cas où tous les biens de la femme étaient dotaux. La seule différence qui mérite d'être signalée, est que les immeubles de la femme mariée avec exclusion de communauté échappaient à l'inaliénabilité sous laquelle tombaient les fonds dotaux de la femme mariée sous le régime dotal. Enfin le régime qui nous occupe était le seul applicable pendant l'an et jour dans les Coutumes qui ne faisaient partir la communauté que de ce moment, et c'est ce régime qui était présumé lorsque les époux avaient déclaré simplement se marier en excluant la communauté.

En outre de ces raisons, M. Lefebvre présente l'introduction de ce régime comme l'œuvre de la jurisprudence et de la pratique ; celles-ci purent avoir une influence d'autant plus grande en cette matière qu'il n'y avait pas eu, depuis un capitulaire de 821, d'action législative formelle pour imposer la communauté. Celle-ci avait été uniquement consacrée et développée par la coutume suivant le courant des mœurs. Aussi, en face de besoins nouveaux, et au fur et à mesure qu'une conception nouvelle du mariage se faisait jour, pratique et jurisprudence purent aisément, la première inventer les clauses nouvelles que nous venons de voir, et la seconde les admettre.

Le principal besoin sous l'influence duquel se développa

le régime exclusif de communauté paraît être résulté de la diversité des Coutumes en matière de régimes matrimoniaux. Des époux, mari ou femme, originaires de pays où la communauté n'était pas admise — Normandie et pays de droit écrit — pouvaient redouter le partage qu'entraînait ce régime et stipuler son exclusion. Les droits du mari ne souffraient aucune restriction par suite de cette convention, ni en ce qui concerne les biens, ni en ce qui concerne les actes de la femme ; le seul inconvénient qui pouvait en résulter pour celle-ci était de n'être pas admise au partage de communauté. Mais, puisque la femme et les siens l'acceptaient, il n'y avait pas de raison pour que la jurisprudence résistât. L'intérêt des créanciers, il est vrai, avait fait déclarer par l'ancienne Coutume d'Orléans que cette clause ne leur serait pas opposable, mais quand la validité de la clause de séparation des dettes fut reconnue, rien ne s'opposait plus au régime exclusif de communauté se combinant avec la puissance maritale coutumière. Il s'appliquait même entre conjoints toutes les fois qu'ils avaient déclaré exclure la communauté, sans rien préciser de plus.

Quant à la séparation de biens, il semble que son introduction soit due à l'influence du droit romain. En effet, jusqu'au xvr^e siècle elle est inconnue : on ne comprenait pas qu'il pût y avoir séparation de biens là où il y avait union étroite des personnes et vie commune obligatoire. On ne faisait donc pas de distinction entre le mariage et l'association des intérêts ; l'union des personnes devait nécessairement entraîner la communauté des biens.

L'étude du droit romain vint modifier ces idées et faire apparaître que, contrairement à l'opinion alors dominante, il n'y avait entre ces deux termes aucune relation nécessaire. La loi romaine montra qu'il n'existait aucune incompatibilité entre le mariage, union des personnes, et la séparation des biens, régime pécuniaire, puisqu'elle permettait la restitution anticipée de la dot lorsque les affaires du mari étaient mauvaises et la mettaient en péril.

Peu à peu cette idée se fit jour, on se familiarisa avec elle, et un mouvement important se produisit en sa faveur. Il se place dans la période qui s'étend entre les deux rédactions de la Coutume de Paris. L'article 114 de la première rédaction ne mentionne que la séparation de corps, l'article 224 de la réformation introduit la séparation de biens judiciaire.

La chose n'alla d'ailleurs pas sans difficultés, car s'il était facile d'appliquer ce régime aux propres de la femme, il était beaucoup plus difficile de l'étendre aux biens communs. Comment, en effet, concilier cette notion nouvelle avec les principes anciens de la communauté, et admettre que la femme demandant la séparation de biens judiciaire put avoir une part dans la communauté ? Laurière considérait que la femme en demandant au tribunal la séparation, renonçait par là même à ses droits de communauté. Dumoulin et Lebrun, au contraire, soutenaient qu'une séparation de biens prononcée par justice pouvait porter même sur les biens de communauté. C'est leur opinion qui prévalut. L'article 224 de la seconde Coutume de Paris

la consacre en y mettant la condition maintenue par le Code civil d'être sérieuse et réellement exécutée.

La séparation de biens judiciaire étant admise, il n'y avait qu'un pas à faire pour admettre la séparation de biens conventionnelle. Ce pas fut vite franchi ; les raisons qui pouvaient exister contre l'une n'étant pas différentes de celles qu'on pouvait invoquer contre l'autre. Ce fut l'œuvre de la pratique, admise par la jurisprudence. Ce régime fut d'ailleurs rarement stipulé et les Coutumes n'en parlent pas.

Sous l'influence de la diversité des Coutumes, et dans le but même de remédier aux inconvénients qui en résultaient, le principe de liberté des conventions matrimoniales reçut un développement inattendu. Il arriva en somme à renverser à peu près complètement le principe contraire, primitivement prédominant et à se substituer à lui ; c'est le dernier point qu'il nous reste à exposer.

Les Coutumes variaient d'une province, d'une ville, et parfois même d'un village à l'autre ; chacune d'elles avait son régime matrimonial différent. Quand les déplacements devinrent plus fréquents, les mariages entre des personnes régies par des Coutumes différentes se multiplièrent. Des époux désirèrent que leurs biens fussent soumis à telle Coutume plutôt qu'à telle autre, et surtout eurent intérêt à ne pas subir le régime de la Coutume du domicile du mari qui se serait appliquée en l'absence de conventions. Or, au moyen âge, on était partisan d'une communauté considérée comme une obligation légale

imposée par la Coutume et attachée de plein droit au mariage. L'union des biens sous forme de communauté est apparue comme la conséquence nécessaire de l'union des personnes, et cette façon de voir prévalut de Beaumanoir jusqu'à Guy Coquille.

Cette conception première s'était modifiée après la rédaction des Coutumes, et le principe de liberté des conventions matrimoniales s'étant développé, il fut entendu et appliqué comme permettant de stipuler des clauses modificatives au régime légal qui conservait d'ailleurs son caractère primitif d'émanation de la Coutume imposé aux époux, mais non choisi ni convenu par eux.

Ensuite, ainsi que nous venons de le voir, on permit de substituer au régime de communauté, soit le régime sans communauté, soit la séparation de biens.

Pour donner satisfaction enfin aux besoins nés de la diversité des Coutumes, pour déterminer notamment quelle était la loi des parties quant à leurs conventions matrimoniales, pour régir tous les biens des époux par une Coutume unique, même quand ces biens étaient situés sur le territoire de provinces différentes, pour soustraire chacun de ces biens à la Coutume locale, on en vint à considérer la communauté, même non stipulée expressément, comme le résultat d'un accord tacite et non plus comme une obligation légale. A partir de ce moment l'évolution fut complète, le principe de liberté des conventions matrimoniales avait définitivement triomphé.

On en tira, entre autres, cette conséquence que si les époux se mariaient sous l'empire d'une Coutume établissant la communauté, ils étaient communs en biens, et cette communauté s'étendait aux biens qu'ils acquéraient dans des provinces où ce régime n'était pas admis. Logiquement à chacun de ces biens on aurait dû appliquer la *lex rei sitae*, et créer pour les intérêts matrimoniaux autant de règlements qu'il y aurait eu de biens soumis à des Coutumes différentes, mais en présence des inconvénients qui en seraient résultés et sous l'influence de Dumoulin, on admit que la communauté n'était pas affaire de Coutume, mais affaire de convention ; c'était exactement le principe opposé à celui dont on était parti. C'est aux parties, ajoutait-on, à indiquer la loi à laquelle elles donnent la préférence, et c'est à défaut seulement de cette manifestation de volonté que l'on présume que leur intention a été de faire régler leur association par la Coutume du domicile du mari.

Cette théorie soutenue par Dumoulin et combattue par d'Argentré, Boullenois, Argou, Froland, fut adoptée par la majorité de nos anciens auteurs. « Les parties qui contractent mariage, dit Pothier, à défaut de convention expresse, sont censées s'en être rapportées à la Coutume, et être tacitement, ou du moins implicitement convenues de tout ce dont il est d'usage de convenir ; et par conséquent être convenues de la communauté, telle que la Coutume l'établit, suivant ce principe de droit : *in contractibus veniunt ea quae sunt moris et consuetudinis in*

regione (1). Lebrun le soutint également, la jurisprudence l'admit et le Parlement de Paris était très ferme sur ce point.

Telle est l'évolution du principe de liberté des conventions matrimoniales depuis son origine jusqu'à son aboutissement qui est, on vient de le voir, le renversement complet du principe primitivement adopté. Signalons aussi qu'en même temps que la liberté était de plus en plus largement admise dans les conventions matrimoniales, des garanties d'un autre ordre entraient dans la coutume comme institutions légales. Grâce à la doctrine et à l'influence bienfaisante du droit romain, une réaction s'était produite contre l'autorité exagérée du mari. De là, toute une série de mesures de protection.

En outre de la séparation de biens judiciaire admise après de longues hésitations, on limita les pouvoirs du mari en introduisant la théorie des récompenses, destinée à maintenir intacts les propres des époux et à empêcher les avantages indirects au cours du mariage. D'autre part, le bénéfice d'émolument à charge de faire bon et fidèle inventaire apparut entre les deux rédactions de la Coutume de Paris, comme une transformation du bénéfice d'inventaire romain. De la pratique, il passa dans la législation et fut consacré par l'article 228 de la réformation.

Dans les pays de droit écrit où on suivait en général la législation romaine et le régime dotal, on avait fait aussi

(1) Pothier, *Coutumes d'Orléans*, 1772, titre X, art. prélim., § 2, p. 277.

à la convention des parties une part que le droit romain n'avait pas connue. Il était permis aux époux de greffer sur le régime dotal une société d'acquêts destinée à concilier les avantages de la communauté avec les garanties de la dotalité. Cela se pratiquait dans le Midi de la France et en particulier dans le ressort du Parlement de Bordeaux. Mais la société d'acquêts n'était considérée que comme une dérogation au régime dotal qui était le régime légal, car pour être admise, cette société devait être stipulée expressément ; et elle n'en altérait pas les caractères essentiels, car elle laissait subsister intacte l'inaliénabilité que ce régime imprimait à la dot.

Il semble donc que, dans ces pays, le principe de liberté des conventions matrimoniales n'avait pas pris un développement aussi grand que dans les pays coutumiers.

Telle fut dans notre ancien droit, l'origine et l'évolution du principe de liberté des conventions matrimoniales. Nous allons voir dans la section suivante dans quelles conditions il a été admis par le Code civil, les extensions qu'il a reçues et les restrictions qu'il a subies, ainsi que la tendance qui paraît se dégager des lois récentes.

SECTION II

LE PRINCIPE DE LIBERTÉ DES CONVENTIONS MATRIMONIALES DANS LE CODE CIVIL

TITRE PREMIER

SON ADOPTION ET SA RÉGLEMENTATION

CHAPITRE PREMIER

ADOPTION DU PRINCIPE.

L'opposition si tranchée qui existe dans notre Code entre le régime des biens et celui des personnes en matière de mariage, le premier pouvant varier presque à l'infini, le second soumis à des règles uniformes qui s'imposent à tous, s'explique, ainsi que le remarque M. Planiol (1), par les conditions dans lesquelles l'un et l'autre se sont développés. L'uniformité du régime concernant la personne des époux provient de ce que leur condition fût réglementée, pendant tout le moyen âge, par le droit canon et conformément à l'inspiration chrétienne ; quant

(1) Planiol, *Trailé*, 3, n° 765.

à la diversité des règles concernant les biens, elle a une double cause : elle tient en premier lieu à la multiplicité des races dont la France a été le point de rencontre et qui ont gardé longtemps des mœurs fort diverses, et ensuite à l'absence de toute législation de l'Etat ou de l'Eglise. L'inaction législative rendit nécessaire la liberté laissée aux particuliers en cette matière, et dont nous venons de rappeler les manifestations principales. Quand l'autorité civile voulut intervenir et fut en mesure de le faire, elle se trouva en face d'un développement juridique résulté de pratiques anciennes et différentes et qui s'imposèrent à son attention.

Telles nous paraissent être l'origine et la raison d'être des décisions adoptées par les rédacteurs du Code civil en matière de régimes matrimoniaux en général et de conventions matrimoniales en particulier.

Si on ajoute à ces raisons les caractères généralement reconnus à l'œuvre réalisée par le Code, que l'on se plaît à considérer comme une œuvre de modération et de sagesse, comme une loi de transaction où prédominent cependant les origines coutumières, on aura, nous semble-t-il, une idée assez exacte des conditions dans lesquelles ce principe de liberté des conventions matrimoniales passa dans le Code civil, de l'époque que constitue la rédaction du Code dans l'évolution de ce principe ainsi que de la portée de son adoption.

La Révolution qui avait profondément modifié la puissance paternelle, le mariage et le droit successoral, n'avait

pas touché au régime des biens entre époux. Les régimes coutumiers étaient restés confinés dans le Nord, et le régime dotal dans le Midi, avec adoption dans certaines conditions de clauses modificatives. La question du régime des biens entre époux se posa la première fois devant la commission chargée de préparer le projet définitif du Code, alors qu'on examinait la question de savoir si on adopterait un système uniforme, si à cet effet on opterait entre le droit coutumier et le droit romain, et dans l'affirmative, auquel des deux on donnerait la préférence. La solution à laquelle s'arrêtèrent les membres de la commission ne fut pas le résultat de leurs préférences personnelles ou de considérations doctrinales. Elle leur fut imposée tant par l'état antérieur de la question que par des considérations complètement étrangères au droit. En tout cas, la solution adoptée par la commission n'en est pas une, car elle décide de ne rien décider et de laisser ce soin aux parties elles-mêmes. C'est cette absence de décision qu'on a élevée à la hauteur d'un principe, celui de liberté des conventions matrimoniales.

La question se présenta à nouveau sous une forme quelque peu différente, quand il s'agit de savoir sous quel régime seraient mariés les époux qui n'auraient pas fait de contrat de mariage : dans les pays coutumiers, ils étaient placés de plein droit sous le régime de communauté, dans le pays du Midi, sous celui de séparation de biens. Or, l'article 11 du projet de la commission chargée de la rédaction du Code portait qu'« à défaut de convention entre

les époux, il y a communauté de biens. » Ce projet développait longuement les règles de la communauté, il reproduisait la plupart des décisions des auteurs coutumiers en suivant Pothier comme guide, mais il était muet sur le régime dotal. Cependant, il était permis aux époux de stipuler ce régime, à la condition toutefois de l'énoncer expressément dans l'acte. Les époux ne pouvaient en effet procéder par voie de référence à l'ancien droit, puisque le Code le défendait, ni aux règles posées par la loi. Sur les réclamations passionnées des populations du Midi qui croyaient que les rédacteurs du Code voulaient proscrire le régime dotal, on consacra à celui-ci un chapitre spécial. En outre, l'article 1391 décida que les époux peuvent déclarer d'une manière générale qu'ils entendent se marier sous le régime de la communauté ou sous le régime dotal. Telles sont les circonstances caractéristiques à la suite desquelles fut consacré le fameux principe de la liberté des conventions matrimoniales contenu dans l'article 1387 :

« La loi ne régit l'association conjugale quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos. »

Nous exposerons dans le chapitre suivant comment a été organisée la liberté ainsi formulée.

CHAPITRE II

COMMENT LE PRINCIPE DE LIBERTÉ A ÉTÉ POSÉ ET RÉGLÉ PAR LE CODE CIVIL.

Le Code laisse aux époux le droit de régler comme ils l'entendent leurs intérêts pécuniaires. Il fait même plus : il propose aux époux un certain nombre de types d'association parmi lesquels ils peuvent choisir celui qui leur plaît le mieux et il leur permet de les combiner et de les modifier à leur gré ; ce n'est qu'à défaut de manifestation de volonté de leur part que le Code désigne le régime sous lequel ils seront mariés. Dans l'article 1391, le Code ne paraît reconnaître que deux régimes matrimoniaux puisque, dit ce texte, les époux peuvent déclarer « d'une manière générale, qu'ils entendent se marier sous le régime de la communauté, ou sous le régime dotal ». Mais on sait en réalité que le Code prévoit quatre régimes différents :

1° La communauté légale et la communauté conventionnelle dont il trace les clauses les plus usuelles.

2° Le régime sans communauté.

3° La séparation de biens.

4° Le régime dotal.

Nous aurons à montrer dans quelle mesure ces régimes peuvent être modifiés par la convention des parties. Les

dérogrations apportées aux règles de la communauté légale sont énumérées par l'article 1497 : « Les époux peuvent modifier la communauté légale par toute espèce de conventions non contraires aux articles 1387, 1388, 1389 et 1390.

« Les principales modifications sont celles qui ont lieu en stipulant de l'une ou de l'autre des manières qui suivent ; savoir :

« 1° Que la communauté n'embrassera que les acquêts.

« 2° Que le mobilier présent ou futur n'entrera point en communauté, ou n'y entrera que pour une partie.

« 3° Qu'on y comprendra tout ou partie des immeubles présents ou futurs, par la voie de l'ameublement.

« 4° Que les époux paieront séparément leurs dettes antérieures au mariage.

« 5° Qu'en cas de renonciation, la femme pourra reprendre ses apports francs et quittes.

« 6° Que le survivant aura un préciput.

« 7° Que les futurs époux auront des parts inégales.

« 8° Qu'il y aura entre eux communauté à titre universel. »

Les rédacteurs du Code ont pensé qu'il convenait de prévoir les modifications les plus ordinaires et de leur donner des règles qui prévinssent les incertitudes, les divergences, et par conséquent les contestations sur la manière de les entendre et d'en déterminer les effets (1).

(1) Locré, *Législation civile, commerciale et criminelle*, 13, p. 120.

En d'autres termes, contraints d'adopter un principe aussi dangereux, aussi rempli d'incertitudes et de périls, les rédacteurs semblent avoir voulu en limiter et en circonscrire l'étendue et la portée. Il semble qu'ils aient cherché à annihiler cette liberté qu'ils avaient été obligés de reconnaître, et à prévoir par avance les hypothèses dans lesquelles elle pourrait s'exercer.

Quant aux régimes exclusifs de communauté, — régime sans communauté, régime dotal, séparation de biens, — le Code ne prévoit pas de clause dérogatoire autre que la société d'acquêts greffée sur le régime dotal. La raison en est que la tradition ne consacrait que cette clause, et que le principe de liberté avait servi avec moins d'intensité dans ce domaine que dans celui de la communauté. On est d'ailleurs d'accord pour convenir que le principe de l'article 1387 ne s'applique pas moins à ces régimes qu'à celui de la communauté elle-même. Et si les époux peuvent adopter l'un d'eux en se référant aux dispositions du Code qui les régissent, ils peuvent aussi les modifier comme ils l'entendent.

Ce ne sont pas seulement les types de régimes proposés par la loi que les époux peuvent modifier par contrat de mariage : ils peuvent combiner les régimes entre eux et transporter dans l'un les règles et les dispositions établies pour un autre ; en d'autres termes, les époux peuvent mélanger les régimes par la combinaison d'éléments empruntés à plusieurs, et de manière à former un régime

composite. Duveyrier, dans son rapport fait au Tribunal dans la séance du 19 pluviôse an XII (9 février 1804), avait expressément reconnu ce droit : « Les habitants des départements jusqu'à présent soumis au droit écrit, et ceux des pays coutumiers, disait-il, pourront même l'un et l'autre confondre à leur gré les deux régimes (communauté et régime dotal) dans leurs conventions et emprunter de l'un et de l'autre les règles qui plairont à leur intérêt comme à leur volonté, et qui pourront, suivant les lieux et les circonstances, se combiner sans se contredire (1). » Nous verrons qu'on usa si largement de cette permission que la jurisprudence a dû annuler certaines clauses en ce sens.

Le droit de modifier librement les régimes matrimoniaux et d'en combiner les éléments n'est pas le seul trait par lequel se manifeste la liberté reconnue aux époux. Les donations qu'ils peuvent se faire sont soumises à un régime exceptionnel et particulièrement favorable. En droit commun, les donations ne peuvent comprendre que des biens présents et ne peuvent être faites sous des conditions potestatives de la part du donateur ; elles sont soumises à la solennité de l'acceptation et ne peuvent émaner que de personnes majeures.

Toutes ces règles sont écartées dès qu'il s'agit de libéralités faites entre futurs époux ; dès lors elles peuvent comprendre soit des biens présents, soit des biens à venir,

(1) Duveyrier chez Locré, *op. cit.*, 43, p. 316.

soit à la fois des biens présents et à venir ; elles peuvent être soumises à des conditions potestatives de la part du donateur, elles échappent à la règle de la solennité de l'acceptation. Enfin, même mineurs, les futurs époux peuvent se faire des donations à la condition d'être assistés des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité de leur mariage.

L'article 1094 fixe même une quotité disponible spéciale entre époux. Pour le cas où l'époux donateur laisserait des enfants, il peut disposer en faveur de son conjoint, soit d'un quart en propriété et d'un autre quart en usufruit, soit de la moitié de tous ses biens en usufruit. Ces dispositions étant manifestement extensives de la quotité disponible ordinaire, font partie à ce titre du principe de liberté. Le Code n'apportait de restriction que lorsqu'il s'agissait des secondes noccs en s'inspirant de l'édit de 1560. Il convient de remarquer à ce propos que les restrictions de l'article 1098 du Code civil, relatif aux donations faites par contrat de mariage, avaient pour conséquence de restreindre singulièrement l'exercice de la liberté des conventions matrimoniales dès qu'il s'agissait d'époux convolant en secondes noccs.

Ce n'est pas seulement en matière de donations, que des clauses extensives du droit commun peuvent être insérées dans un contrat de mariage ; on se plaît en général à donner une plus large étendue d'application à notre principe en considérant la communauté comme une variété de société et en soulignant les dispositions admises en matière

de communauté qui dérogent au droit commun des sociétés. C'est ainsi qu'on peut stipuler une communauté de biens à venir en toute propriété, tandis que de droit commun les biens qui pourraient advenir aux parties par succession, donation ou legs, n'entrent dans la société que pour la jouissance (art. 1837, C. civ.). De même la convention qui donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices, est nulle entre associés ordinaires (art. 1855), et valable entre époux (art. 1525).

Les époux peuvent encore stipuler l'inaliénabilité dotale qui est « la clause certainement la plus remarquable de toutes celles qui tendent à favoriser le mariage » (1), et dont nous reparlerons.

On permet même à la femme de stipuler des clauses de réduction de son hypothèque légale, dans les termes de l'article 2140 :

« Lorsque, dans le contrat de mariage, les parties majeures seront convenues qu'il ne sera pris d'inscription que sur un ou certains immeubles du mari, les immeubles qui ne seraient pas indiqués pour l'inscription resteront libres et affranchis de l'hypothèque pour la dot de la femme et pour ses reprises et conventions matrimoniales. Il ne pourra pas être convenu qu'il ne sera pris aucune inscription. »

Tel est l'ensemble des clauses prévues par le législateur et qui sont susceptibles d'être adoptées par application du principe de liberté des conventions matrimoniales.

(1) Planiol, *Traité*, t. III, n° 796 *in fine*.

TITRE II

SES LIMITES

CHAPITRE PREMIER

INTERDICTIONS DIVERSES.

La limitation au principe de liberté qui nous paraît devoir être signalée la première est celle qui concerne les pactes sur successions futures (art. 791, 1130, 1389).

Cette interdiction mérite d'autant plus d'être mentionnée la première, que dans notre ancien droit les conventions sur successions futures étaient non seulement permises par contrat de mariage, mais encore plus nombreuses et plus diverses qu'aujourd'hui ; on y faisait des substitutions pupillaires, on y réglait les parts des enfants dans la succession des parents, on y insérait des clauses d'affrègement entraînant assimilation des enfants du premier lit à ceux du second et tendant à détruire le privilège du double lien. Une seule de ces clauses a été conservée et reste encore permise : c'est l'institution contractuelle.

Nous avons également signalé une autre interdiction :

celle qui est relative aux donations faites par des futurs qui convolent en secondes noces. Ces donations sont soumises à des règles restrictives auxquelles on ne peut déroger.

Quelle que soit la faveur dont on ait entouré les conventions matrimoniales, il est certain qu'on ne pouvait permettre aux parties d'y insérer des clauses contraires aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. On ne signale dans la pratique que fort peu d'exemples de pareilles clauses ; ainsi Troplong parle d'un contrat dans lequel les époux auraient stipulé de vivre séparés et sans qu'il y ait entre eux de cohabitation aucune. Mais nous ferons observer qu'il ne s'agit pas là d'une clause relative aux biens, mais d'une disposition concernant les personnes ; or, on ne saurait étendre à ces dernières la liberté qui fait l'objet de cette étude. En effet, l'article 1388 dit : « Les époux ne peuvent déroger ni aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme et des enfants, ou qui appartiennent au mari comme chef, ni aux droits conférés au survivant des époux par le titre : De la puissance paternelle, et par le titre : De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation, ni aux dispositions prohibitives du présent Code. »

Il s'agit dans ces divers cas de dispositions régissant l'association conjugale quant aux personnes et non quant aux biens, et ce sont là des matières qui sont entièrement soustraites aux libres conventions des parties. Il faut voir dans le texte de l'article 1388, qui mentionne ces divers

points, le désir du législateur de lever toute espèce de doute et de rendre impossible toute discussion.

La disposition de l'article 1388 s'applique aux règles de la puissance paternelle sans aucune distinction, malgré la forme sous laquelle cet article est rédigé. Il y est tout d'abord parlé en effet des « droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme et des enfants », et plus loin des « droits conférés au survivant des époux par le titre : De la puissance paternelle ». On est d'accord pour admettre que la puissance maritale sur la personne des enfants désigne la puissance paternelle ; cette disposition interdit aux époux toute convention de nature à modifier les droits ou obligations qui découlent de leur puissance sur leurs enfants, tels que droits d'éducation, de correction, etc... Ainsi les conventions portant abdication par le mari du droit de diriger l'éducation des enfants à naître du mariage, et l'engagement qu'il prendrait de faire élever ces enfants dans une religion déterminée, — cette dernière clause se rencontrant surtout dans les mariages mixtes contractés entre personnes de religions différentes, — sont déclarées nulles, parce qu'on estime qu'elles comportent une abdication illégale de la part du père. L'opinion contraire a toutefois rencontré des partisans autorisés (1).

Les clauses que nous venons d'énumérer ne sont pas

(1) Cf. Rodière et Pont, *Contrat de mariage*, t. I, n° 63 ; Planiol, *Traité*, t. I, n° 1646 ; t. III, n° 799.

les seules qui soient interdites ; aux termes de l'article 1390, les époux ne peuvent non plus « stipuler d'une manière générale que leur association sera réglée par l'une des coutumes, lois ou statuts locaux qui régissaient ci-devant les diverses parties du territoire français, et qui sont abrogés par le présent Code ».

Aussi est-il interdit de convenir qu'un douaire sera assuré à la femme conformément à tel article d'une ancienne coutume. La raison de cette prohibition est connue : les rédacteurs du Code ont redouté que la pratique ne s'obstinât à perpétuer des coutumes qu'un long usage avait enracinées dans les mœurs, et ne fît ainsi obstacle à la mise en vigueur des règles nouvelles. Mais rien ne s'oppose à ce que ces coutumes soient adoptées dans les contrats, pourvu que les termes en soient reproduits. La faculté qu'ont les époux de régler leurs conventions comme ils l'entendent « n'est point ici blessée quant à la matière, disait Berlier, elle n'est restreinte que quant à la forme » (1).

On est d'accord pour admettre que cette prohibition ne s'applique pas quand il s'agit du régime matrimonial établi par une législation étrangère. Les raisons qui ont fait adopter cette disposition n'existent plus en ce cas.

De même, d'après l'article 1391, les époux peuvent déclarer d'une manière générale, qu'ils entendent se marier sous le régime de la communauté ou sous le régime dotal.

(1) Loqué, *Législation civile, commerciale et criminelle*, t. XIII, p. 159.

En pareil cas leurs droits seront régis par les dispositions du Code civil concernant soit la communauté légale, soit le régime dotal. Mais d'après l'article 1392, la simple stipulation que la femme se constitue des biens en dot ne suffit pas pour soumettre ces biens au régime dotal, s'il n'y a pas dans le contrat de mariage une déclaration expresse à cet égard. La soumission au régime dotal ne résulte pas non plus de la simple déclaration par les époux qu'ils se marient sans communauté, ou qu'ils seront séparés de biens.

Il y a enfin des clauses qui ne sont pas proscrites d'une façon directe et qui cependant n'en doivent pas moins être interdites aux époux par application de l'article 1388. Il en est ainsi de toute convention qui tendrait à modifier dans son essence le régime de communauté et à enlever à la femme les garanties que lui accorde la loi. Le régime de la communauté a été organisé de manière à assurer à la femme des privilèges importants destinés à contrebalancer la puissance maritale ; les époux sont libres d'adopter ou de repousser ce régime, mais s'ils l'adoptent, ils ne peuvent supprimer les garanties fondamentales qui sont à la base de ce régime. Le Code le dit expressément dans l'article 1453 pour un cas particulier : ce texte déclare nulle toute convention par laquelle la femme s'interdirait par avance le droit d'accepter la communauté ou d'y renoncer à la dissolution du mariage.

Il en serait de même si la femme s'engageait à payer les dettes de la communauté *ultra vires*. L'article 1483 décide

en effet que la femme n'est tenue des dettes de la communauté que jusqu'à concurrence de son émolument. Cette disposition, conformément à la tradition de notre ancien droit, doit être interprétée comme étant d'ordre public. Les décisions qui précèdent, données expressément par les textes, doivent être généralisées et appliquées par identité de motifs aux garanties conférées à la femme commune; si les époux convenaient, par exemple, que la femme n'aurait pas de reprise à exercer pour ses propres aliénés, ou bien qu'elle ne devrait pas de récompenses, ou encore qu'elle n'aurait pas le droit de demander la séparation de biens, ces conventions seraient nulles car ces garanties sont aussi nécessaires que le droit de renoncer à la communauté, droit que la loi déclare soustrait aux conventions des époux.

La jurisprudence annule encore la clause par laquelle les époux conviendraient de former entre eux une société ordinaire de biens, quelle qu'en serait l'étendue, particulière ou universelle. Sans doute la règle en notre matière est la liberté, et les restrictions ne peuvent résulter que d'un texte qui n'existe pas pour la clause que nous examinons; cependant les tribunaux déclarent en général nulle toute société entre époux. Ainsi, il a été jugé que des époux séparés de biens ne peuvent par un acte passé avant la célébration du mariage, former valablement entre eux une société de commerce, et que le mariage de deux associés opère de plein droit dissolution de leur société même au cas où ils sont séparés de biens. Le motif est qu'une

société ordinaire ne saurait comporter les droits dérivant pour le mari de la puissance maritale.

L'article 1388 interdit en outre aux époux de déroger par leurs conventions aux droits qui appartiennent au mari comme chef de la communauté. Nos anciens auteurs considéraient les pouvoirs du mari quant aux biens comme étant d'ordre public. C'est l'opinion exprimée en particulier par Pothier (1) : « S'il était dit par un contrat de mariage, « que la femme serait le chef de la communauté de biens qui aurait lieu entre les conjoints », une telle convention ne serait pas valable, étant contre la bienséance publique, que l'homme, que Dieu a fait pour être le chef de la femme, *Vir est caput mulieris*, ne soit pas le chef de leur communauté de biens, et qu'au contraire cette communauté ait la femme pour chef. » Cette manière de voir est consacrée par les articles 1388 et 1421 dont le dernier donne au mari l'administration exclusive des biens communs. Les époux ne peuvent donc convenir que l'administration appartiendra à la femme ou même que cette dernière la partagera avec son mari. A plus forte raison est-il interdit aux contractants de stipuler que les conquêts de communauté ne pourront être aliénés qu'avec le concours de la femme ou que celle-ci devra consentir aux actes de constitution d'hypothèque. Le droit pour le mari de vendre et d'hypothéquer ces biens est reconnu en termes absolus par l'article 1421, et, en présence de

(1) Pothier, *Introduction au Traité de la communauté*, n° 4 (éd. Bugnet, t. VIII, p. 59).

la prohibition formelle de l'article 1388, il semble impossible de valider la clause qui tendrait à le lui enlever.

Il en est autrement des biens personnels de la femme, sur lesquels les pouvoirs du mari varient selon le régime adopté sans qu'on arrive toutefois à s'entendre sur le point de savoir si ces pouvoirs résultent de la puissance maritale ou des droits que la femme a conférés à son mari sur ses biens (1).

Telles sont les importantes dérogations que comporte le principe de liberté de conventions matrimoniales, et ces dérogations ne sont pas les seules. Elles présentent pour nous le plus grand intérêt à raison de leur nombre et de leur importance. On peut en effet se demander quel est le principe en la matière : est-ce la liberté, comme on a l'habitude de le prétendre, les règles qui précèdent n'étant que des exceptions, ou bien sont-ce plutôt les restrictions aux conventions matrimoniales qui forment la règle, les cas où les parties peuvent librement régler leurs rapports pécuniaires constituant les véritables exceptions ?

(1) Planiol, *Traité*, t. 1, n° 927.

CHAPITRE II

INTERDICTION DE DÉROGER A LA PUISSANCE MARITALE.

L'article 1388 interdit aux époux de déroger aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme. Cette puissance qui n'est mentionnée nulle part ailleurs dans le Code, tout au moins sous cette dénomination, entraîne entre autres effets l'incapacité de la femme mariée, et se traduit par l'impossibilité pour la femme de faire valablement certains actes juridiques sans l'autorisation de son mari. Mais l'étendue de cette incapacité varie selon le régime adopté par les époux.

La source de cette incapacité réside dans les droits que le mariage confère au mari, et qui portent à la fois sur la personne et sur les biens de la femme. Les deux ordres de rapports sont si étroitement liés qu'on a pu présenter l'incapacité de la femme mariée, soit comme une conséquence de la puissance du mari sur la personne, soit comme un effet de sa puissance sur les biens (1). La première explication paraît préférable, car l'acte fait sans autorisation par la femme peut être attaqué à la fois par elle et par son mari. Or, il aurait suffi de déclarer cet acte

(1) Cf. Planiol, *Traité*, t. I, n° 927 et les citations.

non opposable au mari si on avait eu en vue seulement de consacrer sa puissance sur les biens.

Quelle que soit la source de cette incapacité, nous avons tenu à souligner une fois de plus l'étroite relation qui existe entre la personne des époux et leurs biens. Nous aurons à faire à nouveau pareille constatation au cours de ce chapitre, notamment lorsque nous verrons la pratique tenter de réduire la capacité de la femme mariée par la stipulation conventionnelle d'incapacité et par la stipulation d'inaliénabilité.⁽¹⁾

Quoi qu'il en soit, cette incapacité de la femme est l'effet naturel du mariage, et son étendue varie selon le régime matrimonial adopté. On est tellement habitué à cette situation qu'on semble la trouver toute naturelle, aussi se contente-t-on à l'ordinaire de l'énoncer sans préciser son caractère particulièrement exceptionnel. Il convient cependant d'insister ; « ceci est extrêmement remarquable, dit M. Planiol. C'est le seul cas dans notre droit où les particuliers puissent par leurs conventions modifier leur capacité personnelle ; partout ailleurs l'aptitude juridique des personnes à agir valablement est réglée par la loi et non par elles-mêmes. Du reste la liberté des parties se meut dans certaines limites rigoureusement déterminées » (2).

(1) Nous pourrions citer comme preuve nouvelle de l'étroite relation qui existe entre la personne et les biens, la discussion qui s'élève à l'occasion de l'inaliénabilité dotale, au sujet de laquelle on recherche si elle repose sur une incapacité de la femme ou sur une indisponibilité du bien.

(2) Planiol, *Traité*, t. I, n° 932.

Nous essayerons maintenant de fixer les limites de cette incapacité en exposant d'abord la situation normale de la femme mariée, celle qui est décrite par la loi et qui s'applique aux femmes mariées sous le régime de communauté, et en indiquant ensuite les dérogations qui peuvent être apportées à cette situation par l'adoption de tel ou tel régime, et celles qu'il est interdit de stipuler au point de vue du droit d'administration et de jouissance, du droit de disposer et de celui de s'obliger.

§ 1. — Capacité normale de la femme mariée.

Le principe de notre droit est que toute personne est capable, à moins qu'un texte de loi en ait décidé autrement de façon expresse.

Pour la femme mariée, cette incapacité est formulée dans les articles 215 et 217 du Code civil, où sont énumérés les actes qu'elle ne peut faire valablement quel que soit le régime stipulé dans son contrat de mariage, et dans les articles 220 et 1124 en ce qui concerne spécialement son aptitude à contracter.

Il résulte de ces textes que la doctrine des rédacteurs du Code sur la matière ne procédait pas d'un principe juridique, puisqu'au lieu de procéder par une disposition d'ordre général, ils ont eu recours à une double énumération, celle des actes permis et celle des actes interdits à moins d'une autorisation du mari ou de justice. Il est donc permis de conclure que la femme peut faire valablement tous les actes pour lesquels la loi ne la déclare pas incapable.

Par contre, l'article 1388 du Code civil interdit de relever la femme des incapacités prononcées contre elle, autrement qu'au moyen d'une autorisation spéciale. Il en résulte qu'une autorisation générale ne peut être donnée même par contrat de mariage, et au cas où elle serait stipulée dans le contrat, elle ne vaudrait que quant à l'administration des biens de la femme (art. 223); elle serait nulle comme emportant renonciation implicite aux droits qu'entraîne la puissance maritale.

Telles sont les conséquences de cette puissance sur la capacité générale de la femme.

Remarquons que le Code s'est montré beaucoup plus sévère que notre ancien droit et qu'il a, sous ce rapport, singulièrement restreint le domaine des conventions matrimoniales. Dès le ^{xiii}^e siècle, au temps de Beaumanoir, on admettait en effet que le mari pouvait donner à sa femme une autorisation générale valable même pour les actes de disposition. Avec la renaissance du droit romain, la conception de la puissance maritale changea de caractère. A la donnée fondamentale antérieure d'une autorité reconnue et organisée en coutume de la société conjugale ou, comme dit Beaumanoir, de la compagnie du mariage, on substitua l'idée empruntée aux textes romains, de poser le mari en tuteur de la femme chargée de gouverner ses biens ou de diriger ses actes comme incapable. Désireux de trouver dans les *Pandectes* des analogies à toutes les institutions coutumières, les romanistes imaginèrent de donner pour motif à l'auto-

risation maritale la tutelle des femmes, telle que l'avait connue la législation romaine. Ils « dénaturèrent l'autorisation maritale, en cherchant à accommoder aux principes de la loi romaine une institution que les Romains n'avaient jamais connue » (1). La tradition du droit primitif persista cependant malgré les efforts des légistes, et Lebrun qui pourtant n'en est pas partisan, est obligé de constater que « dans l'usage..., l'on a souvent reçu les procurations et autorisations générales faites en un contrat de mariage, parce que toutes les clauses qui ne choquent point les bonnes mœurs sont licites dans ces sortes de contrats » (2). Ce n'était pas seulement dans l'usage, comme dit Lebrun, que l'autorisation générale s'était conservée, car elle était consacrée par de nombreuses Coutumes, notamment par celle du Berry qui, dans son article 22, permettait de consentir une autorisation générale par contrat de mariage, et aussi par celle de La Rochelle. Le Code tout en proclamant la liberté des conventions matrimoniales, les a donc gravement restreintes à ce point de vue en interdisant toute espèce de dérogation susceptible de modifier les règles fondamentales de la capacité de la femme. Toutefois il n'est pas allé jusqu'à interdire toute modification à la situation normale établie par lui, des changements importants pouvant être stipulés, mais seulement dans les

(1) Gide, *Etude sur la condition privée de la femme* 2, p. 474 bas.

(2) Lebrun, *Traité de la communauté*, 1754, liv. II, chap. I, sect. IV, nos 5 et 6, p. 185.

limites qu'il a tracées et comme conséquence de l'adoption d'un régime matrimonial.

Il en résulte en somme que la situation de la femme mariée sous le régime de la communauté légale ou conventionnelle est la suivante :

I. — Les biens communs sont administrés par le mari seul, qui peut les aliéner, les hypothéquer et même les donner sous les réserves contenues dans l'article 1422 du Code civil ; les droits ainsi reconnus au mari ne peuvent être modifiés, dans quelque mesure que ce soit, par la convention des parties.

II. — Les biens propres de la femme sont également administrés par le mari, et ce droit a pour origine et pour raison d'être le droit de jouissance de la communauté sur les biens propres de la femme. On a jugé nécessaire, pour faciliter l'exercice de ce droit, de confier l'administration des biens sur lesquels il porte à celui qui est désigné par la loi pour administrer la communauté.

Ce droit d'administration des propres de la femme, conféré au mari, doit être strictement limité et ne saurait comporter en aucune manière le droit de disposition. Ces limites (art. 1428 et 1430) sont celles qui s'imposent à tout administrateur, mais la loi permet aux époux de déroger à ces règles par leur contrat de mariage. Ce sont ces dérogations qui permettent de faire varier la capacité de la femme dans une mesure appréciable, malgré les limitations nombreuses apportées par le Code aux pratiques antérieures. Ces variations procèdent de l'idée que le ré-

gime légal lui-même est censé adopté en vertu de la volonté présumée des époux. Pareille présomption admise, le mari tient de la volonté de la femme qui aurait pu choisir un autre régime, ses pouvoirs d'administrateur sur les biens de celle-ci. Il y a là une manière de mandat, mais qui n'est pas révocable. Or la femme qui a adopté le régime légal aurait pu adopter un autre régime en vertu duquel ses biens se trouveraient placés sous d'autres règles et où par suite sa capacité aurait été augmentée ou diminuée.

Telle semble être l'idée générale d'où procède le droit des époux de modifier par leurs conventions la capacité de la femme mariée en ce qui concerne ses propres.

Examinons maintenant dans quelle mesure les pouvoirs de la femme sur ses biens propres peuvent être réduits ou étendus. Remarquons toutefois à ce sujet que si le principe de liberté des conventions est écarté sans aucune restriction quand il s'agit des biens communs, les futurs époux qui rédigent un contrat de mariage ont par contre entière liberté pour décider s'il y aura ou non des biens communs.

On peut donc dire, à cet égard, que ce dernier point est régi complètement par le principe de liberté, tandis que le premier y est entièrement soustrait.

Nous ferons abstraction, au cours des explications qui vont suivre, de la possibilité qu'ont les époux d'emprunter pour leur contrat de mariage des éléments à des régimes différents, et nous montrerons dans quelle mesure les époux peuvent sans porter atteinte à la puissance maritale, faire

varier la capacité de la femme sur ses biens dans chaque régime.

§ 2. — Incapacité d'administration et de jouissance.

Dans le régime de communauté, l'administration des biens de la femme appartient entièrement au mari, mais la femme, par son contrat de mariage, peut lui enlever cette administration ou la restreindre, et se réserver en tout ou en partie la jouissance et l'administration de ses biens.

La situation est en tous points semblable dans le régime sans communauté. Le mari a sur les biens propres de sa femme les mêmes pouvoirs d'administration et de jouissance que dans le régime de communauté ; on peut donc dire qu'en choisissant le premier régime, la femme restreint les pouvoirs du mari par la suppression des biens communs, sans que sa propre capacité en soit augmentée.

Quant à l'administration de ses biens propres, la femme peut faire les mêmes conventions que sous le régime de communauté.

Si le régime adopté est le régime de la séparation de biens, on constate que le Code a encore apporté à ce point de vue une restriction profonde au principe de liberté des conventions matrimoniales. Anciennement, la séparation avait pour effet de faire sortir entièrement la femme de la puissance de son mari et de lui rendre sa

pleine capacité (1). L'article 106 de l'ancienne Coutume de Paris, et les articles 224 et 234 de la réformation reproduisent ce système en décidant que la femme n'a plus besoin de l'autorisation de son mari quand elle est séparée de biens, Tiraqueau (2) nous fait connaître que la liberté de la femme séparée était entière au xvi^e siècle. Cette jurisprudence changea sans qu'on en sache au juste la date. Laurière (3) mentionne seulement que : « La Cour (le Parlement de Paris) a établi cette jurisprudence par plusieurs de ses arrêts », et M. Planiol (4), à qui nous empruntons ce résumé, remarque que du temps de Lebrun, mort en 1708, on ne permettait plus à la femme même séparée, de disposer de ses immeubles sans l'autorisation de son mari, bien qu'on lui permît encore de plaider seule en matière immobilière. « La femme séparée ne peut contracter sans autorisation, dit Lebrun (5), parce qu'en contractant elle n'est pas, comme en plaissant, sous l'inspec-

(1) *Facta separatione mulier non est amplius in potestate mariti*, dit Dumoulin dans la note sur l'article 170 de la Coutume du Bourbonnais. La femme, par la séparation, *exit extra potestatem viri, sui juris et legitima persona efficitur, aequè ac si vir naturaliter moreretur*, dit Gousset sur l'article 170 de la Coutume de Chaumont. — Cf. *Coutume de Sedan*, article 97 et *Coutume de Loris*, chap. VIII, art. 6 (D'après Laurière, *Texte des Coutumes de la Prévoté et Vicomté de Paris*, 1777, t. II, p. 221).

(2) Tiraqueau, *de legibus connubialibus*, lege 16, glose 6, nomb. 38 et 39.

(3) Laurière, *Texte des Coutumes de la Prévoté et Vicomté de Paris*, 1777, t. II, p. 222 (sur l'art. 234).

(4) Planiol, *Traité*, t. III, n° 1440.

(5) Lebrun, *op. cit.*, liv. II, chap. I, sect. I, n° 12, p. 165.

tion des juges ; et la libre administration qui lui est donnée par son contrat de mariage ou par une sentence de séparation, ne comprend pas la disposition de ses immeubles, mais seulement de ses revenus La séparation n'opère précisément, à cet égard, que le même effet que l'émancipation des mineurs, qui ne les autorise que pour la gestion de leurs revenus, et non pour l'aliénation de leurs fonds. »

Le Code a conservé ce principe et l'a développé en poussant plus loin l'assimilation de la femme et du mineur émancipé. En effet, le Code ne lève que partiellement (art. 1449 et 1536) au profit de la femme séparée de biens, les incapacités établies par les articles 215 et 217, en lui permettant d'administrer seule, mais non d'aliéner ou de plaider sans autorisation. Au contraire, au XVIII^e siècle on considérait les contrats de mariage dans lesquels était stipulée la séparation de biens, comme contenant une clause générale d'autorisation pour agir et pour administrer (1). C'est ce qui résulte de l'article 223 du Code civil, d'après lequel « toute autorisation générale, même stipulée par contrat de mariage, n'est valable que quant à l'administration des biens de la femme ». Mais, comme le remarque M. Planiol (2), cette permission générale d'administrer

(1) Lebrun, *loc. cit.* : « On demande si les femmes séparées se peuvent obliger, ou si elles peuvent agir en justice, sans être autorisées de leur mari ? Ordinairement, quand les séparations sont contractuelles, le contrat de mariage porte une clause générale d'autorisation pour agir et pour administrer ; quand elles sont judiciaires, la sentence porte la même chose. »

(2) Planiol, *Traité*, t. I, n° 980.

ses biens, lorsqu'elle est reconnue à la femme par contrat de mariage, ne peut avoir le caractère d'une autorisation, car le futur mari ne possède pas encore la puissance maritale en vertu de laquelle il pourrait autoriser. Elle ne peut donc s'expliquer que comme une conséquence du principe de liberté des conventions matrimoniales permettant de déroger aux règles ordinaires relatives à la capacité de la femme en lui réservant une capacité partielle. Dans la mesure où la femme pourra agir, elle le fera donc non pas en vertu d'une autorisation de son mari, mais en vertu de la capacité qui résulte pour elle de son contrat de mariage. Pour fixer cette mesure dans tous ses détails, il nous faudrait exposer toute la question si controversée de la capacité de la femme séparée. Nous nous contenterons de rappeler les solutions admises sur les points essentiels. La femme séparée judiciairement, dit l'article 1449, « reprend la libre administration (de ses biens) ». Quand elle est séparée en vertu d'une clause de son contrat de mariage, l'article 1536 lui reconnaît « l'entière administration de ses biens meubles et immeubles, et la jouissance libre de ses revenus ». On connaît les difficultés qui s'élèvent sur l'interprétation des termes « libre », « entière administration ». D'après les uns, ils signifieraient seulement, le premier que la femme n'a plus besoin d'autorisation, le second que sa capacité nouvelle embrasse tous ses biens (1). D'après les autres, ils confèreraient à la femme

(1) Planiol, *Traité*, t. III, n° 1443.

séparée une capacité plus étendue que celle du mineur émancipé ; celui-ci n'aurait que la pure administration, tandis que la femme aurait la libre administration. La pure administration serait limitée exclusivement aux revenus, et aurait pour objet de les faire naître, de les percevoir, de les dépenser, et d'en placer le reliquat ; la libre administration comprendrait outre ces mêmes actes, ceux qui sont relatifs aux capitaux, tels que leur perception et leur placement.

La femme séparée pourrait en outre donner et prendre à bail, pour une durée de neuf ans ; les baux dépassant cette durée seraient réductibles sur sa demande ou celle du mari.

D'après la jurisprudence, la femme pourrait convertir sans l'autorisation de son mari, les titres nominatifs en titres au porteur, et procéder à un partage de succession mobilière, car ces actes ne dépassent pas ceux que peut faire un administrateur.

La séparation a pour effet de déroger aussi aux règles posées par l'article 217, relatives à la capacité de s'obliger de la femme. Malgré le silence de la loi, la jurisprudence conclut du droit de la femme à administrer librement sa fortune au droit de contracter un grand nombre d'obligations nécessaires pour cette administration. Après avoir reconnu à la femme le droit de s'obliger à concurrence de son mobilier en rattachant la règle concernant sa capacité d'aliéner (art. 1449, al. 1^{er}), la jurisprudence rattache désormais la capacité de s'obliger de la femme ainsi

que celle d'ailleurs d'aliéner son mobilier, à sa capacité d'administrer. Dès lors, cette dernière capacité constitue la mesure et la limite dans laquelle la femme séparée peut s'obliger ou aliéner.

L'inconvénient évident de cette solution consiste à soumettre à des règles identiques deux incapacités différentes et indépendantes l'une de l'autre : celle de s'obliger et celle d'aliéner. Ces incapacités n'ont d'autre point commun que de résulter toutes deux d'une seule et même disposition de la loi, l'article 217.

Quoi qu'il en soit, s'il peut y avoir discussion, en ce qui concerne l'aliénation du mobilier, sur le point de savoir si la capacité de la femme séparée doit être absolue ou si elle doit être limitée aux actes d'administration, il n'en est pas de même de la capacité de s'obliger. La disposition de l'article 1449, relative à la capacité d'aliéner le mobilier peut être entendue d'une manière plus ou moins large ; mais le législateur ne s'étant pas expliqué sur la capacité de s'obliger, il en résulte que l'incapacité établie par l'article 217 à ce sujet ne doit être levée pour la femme séparée que dans la mesure nécessaire à l'administration et pour les besoins de celle-ci.

On reconnaît aussi à la femme le droit de placer librement ses capitaux, sans distinguer entre ceux qui sont le fruit de ses économies, et ceux qui avaient déjà le caractère de capitaux.

Telle est la mesure dans laquelle la convention des parties peut, en stipulant la séparation de biens, étendre

la capacité de la femme mariée relativement à l'administration et à la jouissance de ses biens. Mais ces limites ne sauraient être dépassées. Ainsi, la femme ne pourrait pas se réserver le droit d'ester en justice sans autorisation, bien qu'elle soit capable de toucher ses revenus ou ses capitaux, et par suite d'en poursuivre le recouvrement par voie d'exécution ; la femme ne peut, sans autorisation, ni introduire une action relative à ses revenus ou à ses capitaux, ni défendre à une pareille action, alors même qu'elle se serait réservé cette faculté dans son contrat de mariage.

De même, la femme ne saurait convenir qu'elle pourra s'obliger, emprunter sans autorisation, si ce n'est dans la mesure de son administration.

Des solutions analogues s'imposent en ce qui concerne la transaction et le compromis.

Quand la femme adopte le régime dotal, ses biens paraphernaux sont soumis au régime de la séparation de biens, nous n'avons donc rien à ajouter à ce que nous venons d'exposer relativement à sa capacité pour l'administration et la jouissance de ses biens sous ce régime.

Quant aux biens dotaux, le mari devient propriétaire des uns à charge par lui d'en restituer la valeur ; les autres restent la propriété de la femme, tandis que l'administration et la jouissance, avec des pouvoirs plus étendus que sur les propres imparfaits sous le régime de communauté. Le mari peut sur ces biens, non seulement faire tous les actes d'administration, passer des baux, toucher

les revenus et même les capitaux et en donner quittance ; il peut de plus aliéner le mobilier et exercer seul les actions immobilières pététoires.

Tels sont les pouvoirs normaux du mari, mais la femme peut stipuler par son contrat de mariage que les valeurs dotales ne pourront être aliénées qu'à charge de emploi, et que les tiers seront responsables du défaut de emploi.

Pareille disposition restreint effectivement les pouvoirs du mari, mais elle ne change rien à la capacité de la femme. La seule modification possible est celle que prévoit l'article 1549, alinéa 3, en vertu duquel la femme peut se réserver le droit de « toucher annuellement, sur ses seules quittances, une partie de ses revenus pour son entretien et ses besoins personnels ». Et encore y a-t-il là plutôt une modification des pouvoirs du mari qu'une extension véritable de la capacité de la femme (1). Le mari, en effet, conserve intact son rôle d'administrateur et garde la plus grande partie des revenus des biens dotaux. On aurait donc pu conclure que sous le régime dotal toute extension conventionnelle de la capacité de la femme était interdite, mais la jurisprudence s'est cependant établie en sens contraire (2) et elle a validé des clauses par lesquelles la femme se réservait complètement non seulement la jouissance, mais encore l'administration de ses biens dotaux. Les biens de la femme, en ce cas, ne conservent qu'un seul des caractères de la dotalité : l'inaliénabilité.

(1) En ce sens : Planiol, *Traité*, t. III, n° 1520.

(2) Cf. Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, éd. 1872, § 535, n° 16.

Telles sont en matière d'administration et de jouissance de ses biens, la capacité normale, en quelque sorte de droit commun, de la femme dans les différents régimes, et la mesure très restreinte dans laquelle il lui est permis d'y déroger par son contrat de mariage.

Reste à examiner ces mêmes questions au point de vue du droit de la femme de disposer et de s'obliger.

§ 3. — Déroptions au droit de disposer.

A ce nouveau point de vue la question de la capacité de la femme sous les régimes de communauté et sans communauté se pose tout autrement qu'en ce qui concerne les droits de jouissance et d'administration ; ce dernier droit était reconnu au mari à cause de son usufruit et comme conséquence de l'obligation pour la femme de contribuer aux charges du ménage. Mais rien ne permet de retirer à la femme le droit de disposer de ses biens qui lui appartient sous la restriction résultant des articles 215 et 217 du Code civil. Elle ne pourrait donc pas, sans porter atteinte à la puissance maritale, convenir dans son contrat qu'il lui sera permis d'exercer ce droit sans autorisation. Mais il lui est permis de stipuler qu'elle ne pourra aliéner tout ou partie de ses biens, même avec l'autorisation de son mari, ou qu'elle ne le pourra que sous certaines conditions. La jurisprudence, en validant cette clause, a consacré une extension du principe de liberté que n'avait pas connu notre ancien droit et que ne paraissent pas avoir prévu les rédacteurs du Code.

Sous le régime de séparation de biens, le Code a encore ~~notamment~~ restreint à ce point de vue la liberté des conventions matrimoniales comparativement à l'ancien droit; les articles 1449 et 1538 commencent par établir une distinction entre les meubles et les immeubles :

ART. 1449. — « La femme séparée soit de corps et de biens, soit de biens seulement, en reprend la libre administration.

« Elle peut disposer de son mobilier, et l'aliéner.

« Elle ne peut aliéner ses immeubles sans le consentement du mari, ou sans être autorisée en justice à son refus. »

ART. 1538. — « Dans aucun cas, ni à la faveur d'aucune stipulation, la femme ne peut aliéner ses immeubles sans le consentement spécial de son mari, ou, à son refus, sans être autorisée par justice. »

Ces prohibitions sont d'autant plus remarquables que la clause si expressément visée par l'article 1538 était autrefois des plus usitée dans les contrats de mariage établissant la séparation de biens conventionnelle (1). Il y a donc là encore, de la part des rédacteurs du Code, une nouvelle et importante restriction à la liberté des conventions matrimoniales.

Dans le régime dotal, la question de la capacité de la femme de disposer de ses biens doit être examinée au double point de vue des biens paraphernaux et des biens

(1) *Coutume de Berry*, titre de l'Etat des personnes, art. 22 ; Cf. Lebrun, *op. cit.*, liv. II, chap. I, sect. IV, nos 5 et 6, p. 185.

dotaux. En ce qui concerne les premiers, l'article 1576 contient une disposition analogue à celle des articles 1449 et 1538.

ART. 1576. — « La femme a l'administration et la jouissance de ses biens paraphernaux ;

« Mais elle ne peut les aliéner ni paraître en jugement à raison des dits biens, sans l'autorisation de son mari, ou, à son refus, sans la permission de la justice. »

Ce texte est plus rigoureux que ceux relatifs à la femme séparée de biens en ce qu'il proscriit toute aliénation non autorisée sans distinguer entre les meubles et les immeubles. Il parle des biens paraphernaux en général, mais la doctrine admet qu'il ne s'applique qu'aux biens immobiliers (1). L'interprétation donnée par la jurisprudence à l'article 1449 supprime toute difficulté en ne permettant même pas aux femmes séparées de biens d'aliéner seules leur mobilier. Dans le silence de l'article 1576, la jurisprudence est toute à son aise pour soutenir et faire triompher cette manière de voir à l'égard des paraphernaux.

Ce texte est moins rigoureux, d'autre part, que l'article 1538, car il n'interdit pas expressément les conventions d'autorisation générale usitées autrefois.

La loi semble donc à cet égard avoir restreint encore la liberté des conventions.

Pour les biens dotaux, la question est toute différente ; on connaît la célèbre discussion qui divise la doctrine

(1) Cf. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. V, § 541, n° 40 ; Planiol, *Traité*, t. III, n° 1667 — *Contra* : Rodière et Pont, t. III, n° 2004.

et la jurisprudence relativement au droit d'aliéner. Elle n'est pas sans analogie avec celle que nous avons rencontrée sur les mêmes points dans le régime de séparation ; nous nous contenterons de rappeler que la jurisprudence admet l'aliénabilité des biens dotaux sans se préoccuper si le contrat les a déclarés tels.

En principe les immeubles sont inaliénables par cela seul qu'ils sont dotaux. Et si la dotalité, à moins de stipulation expresse, est l'exception et la paraphernalité la règle quand il s'agit de déterminer quels biens sont dotaux, par contre, ce point établi, pour tous les biens déclarés dotaux, l'inaliénabilité est la règle et l'aliénabilité l'exception. Cependant la loi a permis expressément aux futurs époux de stipuler dans leur contrat de mariage la faculté d'aliéner et celle d'hypothéquer (art. 1557) ; c'est sur la proposition de Berlier que fut introduite cette disposition inconnue du droit romain et de la grande majorité des pays de droit écrit.

La conséquence d'une pareille stipulation aboutit à soustraire les biens dotaux aux effets des actes faits par la femme, et il ne s'agit pas là d'une incapacité personnelle, mais d'une incapacité réelle : la femme n'est pas mise dans l'impossibilité de s'engager, mais son engagement ne sera valable que sur ses autres biens, puisqu'il ne pourra s'exécuter sur eux.

La clause de dotalité peut donc être écartée, ou, si l'on préfère, son effet d'inaliénabilité peut être supprimé. Mais quand on interprète la clause d'inaliénabilité du bien dotal,

l'inaliénabilité constituant la règle, c'est l'interprétation restrictive qui doit être adoptée. La stipulation d'aliéner n'entraîne pas la faculté d'hypothéquer; en outre, la réserver d'aliéner et d'hypothéquer les biens dotaux, de céder, de transporter et de vendre sans obligation d'emploi ses créances dotales, n'entraîne pas le droit pour la femme de céder son hypothèque légale et ses reprises à un créancier du mari, ou à son propre créancier. Cette solution est basée sur l'idée que les dérogations aux principes généraux du régime stipulé par les parties doivent être renfermées strictement dans les termes où elles ont été conçues. Mais à la condition de le faire explicitement, la femme peut, sous le régime dotal, se réserver le droit d'aliéner, d'hypothéquer, et même de contracter des dettes susceptibles d'être exécutées sur les biens dotaux déclarés aliénables, et de donner ceux-ci en gage à ses créanciers ou à ceux du mari.

Les époux peuvent donc, dans chaque régime et dans la mesure que nous venons de voir, déroger aux règles établies pour le droit de la femme de disposer. Ce ne sont pas là les seules clauses permises, car il nous sera donné de constater sous ce rapport des applications nouvelles du principe de liberté des conventions matrimoniales que le législateur ne semble pas avoir prévues. Elles consistent dans la pénétration de l'inaliénabilité dotal dans tous les autres régimes, et c'est là une preuve des dangers que présente l'adoption du principe de liberté des conventions matrimoniales.

En effet, l'inaliénabilité même des biens dotaux avait été écartée par la section de législation, et on sait dans quelles conditions elle fut rétablie. Il est donc assez peu vraisemblable que les rédacteurs du Code aient admis la possibilité de la stipuler dans tous les régimes, et c'est cependant la solution qui a fini par être admise. Elle l'a été sans grande difficulté quand il s'est agi du régime de communauté, mais il n'en a pas été de même pour le régime de séparation.

Pour se rendre compte du changement profond qui s'est accompli à cet égard, il faut rappeler que la tradition était de restreindre l'inaliénabilité aux seuls biens dotaux (1). Antérieurement à la Révolution, la combinaison des régimes était limitée à l'insertion d'une société d'acquêts dans le régime dotal. Au cours du xix^e siècle, sous le couvert du principe de liberté, les conséquences de la dotalité sous la forme de l'inaliénabilité ont pénétré dans le régime de communauté d'abord, et dans celui de séparation ensuite.

Ce n'est d'ailleurs pas sans résistance que cette évolution s'est produite ; Marcadé et Troplong ont combattu cette extension en soutenant que l'indisponibilité des biens, qui est la conséquence de la dotalité, est contraire à l'intérêt général, qu'elle n'a été admise que par faveur dans un cas spécial, et qu'elle ne saurait être admise en dehors du régime dotal auquel la loi l'a spécialement attachée.

(1) Cf. Planiol, *Traité*, t. III, n^{os} 803 et 804.

On a répondu, au nom de la liberté des conventions matrimoniales, que les époux peuvent stipuler toutes les clauses qu'ils jugent à propos, exception faite pour celles qui sont contraires à l'ordre public, aux bonnes mœurs et aux dispositions prohibitives du Code. Or, rien ne permet de dire que la clause d'inaliénabilité soit contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, ni de prétendre non plus qu'elle soit prohibée par le Code, qui l'admet lui-même comme conséquence du régime dotal. Sans doute, elle est exorbitante du droit commun des conventions, mais non de celui établi en matière de contrat de mariage.

D'ailleurs l'article 1581 permet de stipuler l'inaliénabilité des biens dotaux concurremment avec une société d'acquêts. Pourquoi défendre une pareille convention dans les autres cas de communauté ? Il faudrait pour cela que l'article 1581 fût limitatif, et rien ne l'indique comme tel.

Peut-être pourrait-on dire que cet article s'est borné à faire une application du principe de liberté des conventions matrimoniales, et qu'il paraît inutile et sans objet si on ne le considère pas comme limitatif.

Mais il a une raison d'être historique : la stipulation prévue par l'article 1581 était de pratique courante dans certains pays de droit écrit, notamment à Bordeaux ; les rédacteurs du Code ont donc reproduit cette combinaison usitée dans la pratique, au même titre qu'ils ont reproduit nombre d'autres règles traditionnelles.

La jurisprudence consacre cette manière de voir, et la Cour de cassation a toujours validé les clauses soumettant

les biens propres de la femme aux règles de la dotalité ; tout au plus exige-t-elle, quand les époux n'ont pas stipulé la dotalité d'une façon expresse, que la volonté des parties soit exprimée d'une manière qui ne laisse place à aucun doute.

Ce que nous venons de dire de la dotalité s'applique au remploi. Cette clause est susceptible d'être insérée dans le régime de communauté aussi bien que dans le régime dotal, mais à raison des caractères généraux des deux régimes, elle a des effets différents dans l'un et dans l'autre. Dans le premier, elle n'a d'effet qu'entre les époux et n'est pas opposable aux tiers ; dans le second le remploi apparaît comme une condition mise à l'autorisation exceptionnellement donnée d'aliéner. Cette condition n'étant pas remplie, la dotalité reprend son empire et le bien reste inaliénable. Le remploi apparaît ainsi comme restreignant la dotalité.

Du moment où on permettait la combinaison du régime dotal avec la communauté, il aurait été irrationnel de ne pas permettre d'introduire dans la communauté le remploi tel qu'il est entendu dans le régime dotal. La jurisprudence l'a donc toujours admis, mais elle exige que la déclaration portée au contrat de mariage ne laisse aucun doute sur l'intention des époux (1).

(1) Cass., 15 mars 1853, S. 53.1.465 ; Cass., 6 novembre 1854, S. 54.1.712 ; Cass., 7 février 1855, S. 55.1.1580 ; Cass., 3 février 1879, S. 79.1.353 ; Cass., 13 novembre 1895, S. 99.1.267. Pour la clause de franc et quitte : cf. Cass., 14 et 15 décembre 1858, S. 59.1.229-233 ; Cass., 21 décembre 1869, D 70.1.52.

N'ayant pu empêcher la dotalité d'entrer dans la communauté, une partie de la doctrine soutint qu'elle était inconciliable avec le régime de séparation de biens. L'inaliénabilité, dit-on, peut être stipulée dans les régimes autres que le régime dotal, à condition qu'entre elle et les biens auxquels elle s'applique, il n'y ait pas d'incompatibilité. Or cette incompatibilité existe entre l'inaliénabilité dotale et les biens de la femme séparée.

Et l'on ne peut objecter que l'inaliénabilité étant admise sous la communauté, doit l'être aussi sous le régime de séparation ; sous la communauté l'inaliénabilité ne frappe que les biens propres de la femme qui sont dotaux, c'est-à-dire dont le mari a l'administration et la jouissance ; « conclure, dit M. Lyon-Caen, des propres aux biens de la femme séparée de biens, constitue un raisonnement essentiellement vicieux (1). »

L'opinion contraire a triomphé au moyen des arguments suivants :

Nulle part le Code n'a manifesté l'intention de limiter l'inaliénabilité aux seuls biens dotaux de la femme ; s'il n'a traité de l'inaliénabilité qu'à l'occasion de ces biens, ce n'était pas avec l'intention d'en restreindre l'application à eux seuls, et sa rédaction s'explique par ce fait qu'il n'a envisagé chaque régime qu'avec ses caractères propres sans préciser les dérogations que pouvait y apporter la convention des parties, ni les combinaisons que celles-ci

(1) Lyon-Caen, note sous Paris, 17 novembre 1875, S. 76.2.66.

pouvaient adopter. Mais les époux peuvent convenir ces dérogations et ces combinaisons dans les limites posées par les articles 1387 et suivants qui contiennent la règle dominante en la matière. Toutes les dispositions édictées expressément par le législateur, concernant le contrat de mariage, constituent le droit commun des conventions matrimoniales ; elles forment en quelque sorte la matière sur laquelle peuvent s'exercer les conventions des parties, à moins d'une interdiction. Or, celle-ci n'existe pas pour la clause qui nous occupe ; bien plus, on peut trouver un cas prévu par la loi et dans lequel la communauté coexistera avec la séparation de biens : c'est l'article 1563 du Code civil. En vertu de ce texte, si sa dot est mise en péril, la femme dotale peut poursuivre la séparation de biens. La situation qui résultera du jugement prononçant la séparation sera exactement celle qui serait résultée d'une stipulation d'inaliénabilité dans un régime de séparation. Les biens dotaux de la femme cesseront d'être sous l'administration et la jouissance du mari, mais ils n'auront pas cessé pour cela d'être inaliénables.

Ce n'était donc qu'en apparence qu'il y avait dans la stipulation envisagée « une innovation inouïe », comme le prétendait M. Valette (1).

D'ailleurs, les manifestations du principe de liberté n'en restent pas là, car l'inaliénabilité a poussé une première

(1) Valette, *Mélanges de droit, de jurisprudence et de législation*, 1880, 1, p. 516.

pointe sur le patrimoine commun. M. Planiol (1) cite en effet la clause par laquelle une femme avait stipulé « l'inaliénabilité non plus seulement « pour ses propres, c'est-à-dire pour les biens dont elle conserve la propriété entière, mais même pour sa part dans les acquêts, c'est-à-dire pour la moitié qui lui appartient dans la masse commune ». La clause a d'ailleurs été annulée comme portant atteinte aux droits du mari comme chef (2).

Enfin l'inaliénabilité a tenté d'envahir les biens mêmes du mari, et elle y a réussi dans l'hypothèse suivante : Deux époux avaient convenu qu'un capital, fourni pour moitié par chacun d'eux, serait employé à l'acquisition d'un immeuble qui devait rester indivis pendant toute la durée du mariage et être remplacé, en cas d'aliénation, par un immeuble d'une valeur au moins égale. Cette clause aboutissait à rendre inaliénable le bien entier, c'est-à-dire non seulement la part de la femme, mais aussi celle du mari. La clause a été validée par la Cour de Paris, et le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté par la Chambre des requêtes (3).

§ 4. — Dérogations à la capacité de s'obliger.

Aux termes de l'article 1123, « toute personne peut contracter, si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi ». L'article suivant énumère les personnes incapables de

(1) Planiol, *Traité*, t. III, n° 804.

(2) Cass., 29 juin 1847, D. 47.1.295, S. 47.1.606.

(3) Cass., 30 novembre 1886, D. 87.1.49, S. 87.1.401.

contracter au nombre desquelles figurent « les femmes mariées, dans les cas exprimés par la loi ». Même en ce qui concerne les femmes mariées, la capacité est donc la règle et l'incapacité l'exception. L'article 217 qui passe en revue les différents actes que la femme mariée ne peut faire valablement, ne mentionne pas les obligations ; le mot fut supprimé parce qu'il est certaines obligations dont les femmes peuvent être valablement tenues sans l'autorisation de leur mari ; l'incapacité n'étant pas complète, on craignit que l'on tirât de ce terme des conclusions exagérées (1). Le principe n'en est pas moins admis ; on le déduit tant des articles que nous venons de rappeler, que des termes de l'article 220 qui permet exceptionnellement à la femme commerçante de s'obliger pour son négoce sans l'autorisation de son mari : c'est donc que de droit commun ses obligations ne sont valables que moyennant cette autorisation ou celle de justice. Et ce qu'il convient surtout de remarquer ici, c'est que cette incapacité de s'obliger est la même sous tous les régimes, exception faite du régime de séparation dans lequel, nous venons de le voir, la jurisprudence reconnaît à la femme le droit de contracter valablement sans autorisation dans les limites de son administration. Sous tous les autres régimes, même s'il s'agit des paraphernaux sous le régime dotal, les engagements de la femme ne sont valables que s'ils sont passés avec l'autorisation du mari ou de justice.

(1) Planiol, *Traité*, t. I, n° 933.

Et encore, quand la femme stipule l'inaliénabilité de tout ou partie de ses biens, sa capacité de contracter est limitée car ses engagements, même pris avec l'autorisation du mari ou de justice, ne peuvent être exécutés sur les biens ainsi déclarés inaliénables.

Nous avons vu au paragraphe précédent la grande extension prise par l'inaliénabilité au cours du siècle passé.

Grâce au principe de liberté, passant des conventions relatives aux biens à celles concernant les personnes, on en arriva à convenir par contrat de mariage établissant la séparation de biens, que la femme s'interdisait le droit de s'engager pour son mari ou de payer pour son compte aucune dette. Dans un autre cas, il s'agissait d'un contrat établissant la communauté réduite aux acquêts, et il avait été formellement stipulé, afin d'assurer la conservation d'une partie de la fortune de la future épouse, « que cette dernière ne pourrait, même avec l'autorisation de son mari ou de justice, s'obliger envers les tiers ; ses engagements, à cet égard, devant être considérés comme nuls et de nul effet ». Des arrêts de la Cour de Paris, l'un du 17 novembre 1875, l'autre du 6 décembre 1877, validèrent ces deux clauses (1).

Dans un cas comme dans l'autre, la question posée était celle de savoir si une femme pouvait, par son contrat, à la faveur de la liberté des conventions matrimoniales, se créer une incapacité soit partielle, soit totale qui ne ferait pas seulement obstacle à l'exécution de ses obligations

(1) Cf. S. 76.2.63, D. 78.2.81.

sur certains biens, mais permettrait d'attaquer l'engagement comme nul. C'est cette question que, par deux fois, la Cour de Paris trancha par l'affirmative.

Cette doctrine hérétique, pour employer les termes de M. Planiol, fut définitivement condamnée par la Cour de cassation qui proclama que nul ne peut par une clause de contrat, se placer dans un état d'incapacité personnelle absolue de faire certains actes. Par arrêt du 22 décembre 1879 (1), elle cassa également le second arrêt de la Cour de Paris en décidant que les lois qui régissent l'état et la capacité des personnes sont d'ordre public, d'où il résulte qu'en dehors des cas limitativement prévus par la loi, les stipulations ou conventions ayant pour objet de modifier ou de restreindre la capacité de la femme mariée sont radicalement nulles.

Il n'en est pas moins vrai, comme nous l'avons déjà indiqué, que par l'extension de l'inaliénabilité dans des régimes qui ne comportent pas de biens dotaux, l'incapacité de la femme dotale, pour réelle et relative qu'elle soit, a encore fait des progrès à l'abri du principe de liberté des conventions matrimoniales. Limitée d'après la tradition aux seuls biens dotaux, l'inaliénabilité peut frapper désormais tous les biens de la femme. Par là on s'est rapproché en fait de la notion d'incapacité contractuelle repoussée en théorie. L'acte accompli par la femme est valable, nous n'en disconvenons pas, mais c'est là une validité

(1) D. 80.1.112.

abstraite, comme l'a dit M. Labbé. Y a-t-il autant de différence qu'on se plaît à le proclamer entre la nullité de cet acte et l'impossibilité où l'on se trouve de l'exécuter, parce qu'avant de contracter l'auteur de l'acte aura eu soin de stipuler que cet acte ne pourrait être exécuté sur aucun de ses biens ? On dit qu'il n'y a pas incapacité contractuelle, mais « insolvabilité contractuelle » : nous avouons ne pas apercevoir une différence bien profonde entre les deux situations dans l'état actuel où, depuis 1867, l'exécution des obligations est limitée aux biens. Toute la différence repose sur ce que le mariage n'étant pas indissoluble, il est permis d'espérer que l'état pendant la durée duquel s'appliquera cette stipulation prendra fin, et qu'alors des biens non frappés d'inaliénabilité pourront être acquis par la femme.

Voilà à quoi se réduit la capacité que laisse à la femme la stipulation d'inaliénabilité de tous ses biens présents et à venir. Mais alors, ne se trouve-t-on pas en fait en présence d'une incapacité contractuelle, en quelque sorte conventionnelle ?

Même en disant que la femme dont tous les biens présents et à venir ont été déclarés dotaux se trouve en état d'insolvabilité contractuelle, pareille situation est unique dans notre droit. Nous n'apercevons d'analogie que celle du failli après le jugement déclaratif de faillite, et du saisi après la transcription du procès-verbal de saisie. Mais aucune de ces deux insolvabilités ne peut être qualifiée de contractuelle.

Par les observations qui précèdent, nous avons seulement voulu faire ressortir les dangers du principe de liberté des conventions matrimoniales qui a conduit à cette solution, et montrer que si on a pu éviter l'incapacité contractuelle proprement dite, par contre on a admis l'inaliénabilité de tous les biens présents et à venir dont les inconvénients ne sont moindres qu'en théorie.

SECTION III

CRITIQUE DU PRINCIPE DE LIBERTÉ DES CONVENTIONS MATRIMONIALES

TITRE PREMIER

SES CARACTÈRES VÉRITABLES ET SON ÉTENDUE DANS LE CODE CIVIL

Nous allons établir l'étendue et la portée exactes données par le Code au principe de liberté des conventions matrimoniales.

Nous rappelons tout d'abord que ce principe aujourd'hui consacré, n'a pas toujours été admis ; il était inconnu à Rome et au Moyen-Age, et ne s'est développé dans notre ancien droit qu'à partir du xvi^e siècle et sous l'influence de causes particulières. La principale de ces causes paraît avoir été l'absence de dispositions du droit canonique sur une matière où la loi civile n'avait pas encore statué. Il en est résulté que pendant tout notre ancien droit la situation des biens entre époux a été régie uniquement par la coutume. Or, tant que celle-ci n'a pas fait l'objet

de dispositions législatives, elle a consisté uniquement dans les règles habituellement adoptées par les parties. Il est donc naturel qu'après une longue pratique imposée et maintenue par l'existence des races différentes, dont la France a été le point de rencontre et le lieu de fusion, on ait été amené à voir un principe et à consacrer comme tel ce qui n'avait été au début qu'un pur fait répondant à des besoins locaux et temporaires. Cette hypothèse est d'autant plus vraisemblable que la fusion des législations s'accomplit plus lentement que celle des races, et que la libre fixation par les époux du régime de leurs biens pendant la durée du mariage conserva jusqu'à la fin de notre ancien droit l'une des raisons d'être qui avaient motivé son adoption : nous voulons parler de l'absence de dispositions législatives qui ne prit fin qu'avec la rédaction du Code.

La liberté acquit d'ailleurs une nouvelle raison d'être par la suite.

En effet, la liberté plus ou moins étendue que comportait la coutume et qui la caractérise lui a permis de jouer un rôle d'adaptation des règles du droit aux besoins nouveaux au fur et à mesure qu'ils se sont révélés. Cette adaptation eût été impossible à cette époque, par l'organe qui est normalement chargé de la réaliser, de faire la loi, puisqu'il ne fonctionnait pas en notre matière.

Telles sont, à notre avis, les nécessités diverses et occasionnelles auxquelles a répondu et satisfait dans notre ancien droit la pratique érigée depuis en principe de

liberté des conventions matrimoniales. Ce principe a passé dans le Code et y a été maintenu malgré, remarquons-le, qu'il eût perdu par la rédaction même de celui-ci, sa principale raison d'être. Il n'y a cependant été admis qu'avec les notables restrictions que nous avons notées dans notre exposé, et il en aurait subi de plus nombreuses s'il n'avait dépendu que de la volonté des rédacteurs du Code arrêtés dans leurs desseins. La non-admission du régime dotal, dans le projet adopté par la commission de préparation du Code paraissait en effet procéder de cette idée que la fusion des législations était accomplie par la rédaction du Code. Les événements démontrèrent qu'elle ne l'était pas suffisamment pour permettre des restrictions à notre principe plus étendues que celles qui furent admises.

Toutefois, malgré le maintien de l'inaliénabilité dotale par le Code, on peut dire que le principe de liberté des conventions matrimoniales n'a plus les mêmes caractères ni la même étendue que dans notre ancien droit.

Et tout d'abord la liberté laissée aux parties de régler la situation de leurs biens en vue du mariage comme elles le jugent à propos, apparaît désormais non plus comme un droit d'établir des règles nouvelles non prévues par le législateur, mais bien comme un droit d'option entre un certain nombre de régimes ou de dispositions isolés contenus dans le Code. En vertu de ce droit les parties peuvent sans doute adopter le régime qui leur plaît et même combiner les dispositions des régimes différents; cela leur est per-

mis dans la plus large mesure, mais il leur est interdit de sortir du cadre tracé par la loi, des limites et des règles posées par elle.

Les parties ne peuvent que choisir parmi les dispositions que le législateur leur propose.

Il y a loin d'une liberté ainsi entendue à celle qui existait dans notre ancien droit et telle que nous avons tenté de la définir.

Considéré en lui-même, le système du Code comporte d'importantes restrictions : On en jugera par l'énumération d'une part des dérogations permises au droit commun, et d'autre part des limites que ne sauraient franchir ces dérogations.

Les dérogations permises aux règles générales des contrats sont les suivantes :

1° En matière de donations :

Donations potestatives.

Donations de biens à venir.

Donations faites par un mineur.

2° Conventions concernant les pouvoirs de la femme relativement à ses biens propres, et en particulier l'inaliénabilité dotale.

3° En matière de société :

Possibilité de mettre en commun les biens à venir en toute propriété.

Attribution à l'un des époux, considéré comme un associé, de la totalité des bénéfices provenant de l'union conjugale.

Mettons maintenant en regard les prohibitions spéciales au droit matrimonial. Ce sont d'abord les conventions expressément mentionnées aux articles 1387, 1388, 1389 et 1390 :

1° Celles contraires aux bonnes mœurs et à l'ordre public.

2° Celles portant atteinte à la puissance maritale.

3° Celles portant atteinte à la puissance paternelle.

4° Celles contraires aux droits du mari comme chef.

5° Les pactes successoires, à l'exception de l'institution contractuelle.

6° Les références aux anciennes coutumes.

A quoi il faut ajouter les prohibitions relatives aux clauses contraires aux règles fondamentales de notre droit. Nous avons indiqué précédemment le sens et la portée de ces interdictions. Que l'interdiction de déroger aux règles sur l'incapacité légale de la femme mariée, et la défense faite au mari de donner à celle-ci par contrat de mariage une autorisation générale valable pour disposer de ses biens, soient considérées comme portant atteinte à la puissance maritale ou aux droits du mari comme chef, dont il serait bien difficile de fixer les limites respectives, elles n'en constituent pas moins d'importantes restrictions aux libres conventions des époux.

Telles sont les dispositions dont la doctrine en général s'est autorisée pour exalter le principe de liberté des conventions matrimoniales, et les nombreuses règles excep-

tionnelles qui le caractérisent. Il nous semble, quant à nous, et d'éminents auteurs partagent cet avis, qu'on a singulièrement exagéré et amplifié d'abord les caractères exceptionnels de cette liberté telle qu'elle résulte des dispositions du Code civil, ensuite et surtout les effets bien-faisants qu'on se plaît à lui reconnaître.

Mais à quoi se résume en somme cette liberté si grande et si exceptionnelle ? à trois points : à des dérogations aux règles de droit commun concernant :

1° Les donations.

2° Les pouvoirs de la femme sur ses biens.

3° Les sociétés.

Et encore, de ces trois points, le dernier est-il des plus contestables. Le droit pour la femme de renoncer à sa part de communauté et de rester par là étrangère aux dettes d'une société dont elle a fait partie, et toutes les autres prétendues règles exceptionnelles, ne sont telles que parce qu'on assimile la communauté à une société ordinaire. Mais si on établit qu'une pareille assimilation est inexacte, même historiquement et *à fortiori* dans le droit actuel, le caractère en apparence exceptionnel de ces règles disparaîtra. C'est ainsi que la faculté pour la femme de renoncer à la communauté trouvera son explication et sa raison d'être dans l'organisation spéciale au régime de communauté ; elle apparaîtra simplement comme un correctif rendu nécessaire par le fait que la femme n'administre pas et ne peut administrer. Son droit de renonciation est la contre-partie de cette interdiction et lui permet d'é-

chapper aux conséquences des actes auxquels elle n'a pu prendre part. Les différences profondes qui séparent la communauté de la société étaient déjà signalées par Pothier qui disait que cette communauté entre conjoints par mariage est exorbitante des sociétés ordinaires : ces différences sont telles qu'on a peine à se rendre compte comment on a pu rattacher la communauté à la société comme l'espèce au genre, à moins que ce ne soit uniquement pour présenter le contrat de société comme un type dont les règles de la communauté ne seraient que des applications, et pour pouvoir les considérer quand elles s'en écarteraient comme des dispositions exceptionnelles attestant l'étendue de la liberté laissée en matière de contrat de mariage.

Une telle conception est contraire à la tradition et aux origines historiques de la communauté. Ce régime est apparu d'abord non comme le produit de la libre convention des époux, mais comme une conséquence nécessaire du mariage ; il ne fut ni conçu ni organisé à l'instar d'une société et d'après les règles de ce contrat, et ce n'est que sous l'influence romaine, et surtout pour assurer des garanties à la femme, qu'intervint l'idée de société et que les règles de celle-ci y furent introduites. Mais elles intervinrent comme une déformation de la communauté. La communauté s'était développée comme un système complet bien avant que la renaissance du droit romain eut permis de rapprocher ces deux contrats et de les assimiler l'un à l'autre. De sorte qu'historiquement, bien qu'on soit fondé à présenter la communauté comme une variété de

société, et les règles de la première qui dérogent au droit commun de la seconde comme des exceptions à ce droit commun, ce sont les dispositions empruntées au contrat de société, s'il en est dans la communauté qui constituent des dispositions exceptionnelles.

L'assimilation que nous combattons est, en outre, contraire à la nature même de la communauté. Celle-ci doit être considérée comme constituant une société *sui generis*. Elle est instituée en effet dans un but autre que la société proprement dite et doit pourvoir à des intérêts autrement graves que ceux qui se débattent entre associés ordinaires. De là résultent les différences fondamentales que la loi a établies entre ces deux sortes de contrats.

Dans la société, chaque associé doit être traité d'après le principe d'égalité (art. 1859).

Dans la communauté, on pourrait presque dire que le contraire est la règle. En effet, l'ancienne maxime coutumière : le mari est seigneur et maître de la communauté, a été consacré par le Code, sinon dans ses termes, du moins dans ses conséquences.

L'article 1855 interdit comme lésive « la convention qui donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices ».

Les époux au contraire peuvent convenir que la communauté entière appartiendra au survivant ou à l'un d'eux seulement (art. 1520) ; ils peuvent stipuler aussi que la femme aura le droit de reprendre tout ou partie de ses apports en renonçant, sans être tenue de supporter sa part dans les dettes de la communauté (art. 1514).

Les associés peuvent par leur consentement mutuel modifier l'organisation de la société à tout moment, dans la mesure où ils le jugent nécessaire.

Les conventions matrimoniales sont soumises à la règle de l'immutabilité (art. 1395).

Les associés peuvent faire commencer leur association et y mettre fin quand bon leur semble (art. 1843 et 1865).

Les conjoints ne peuvent faire commencer la leur à un autre moment que le jour du mariage (art. 1399), et elle ne peut prendre fin que par la mort, le divorce, la séparation de corps ou la séparation de biens (art. 1441).

Les associés peuvent déterminer comme ils l'entendent le mode d'administration des biens communs, modifier les bases de la société, changer les administrateurs, dissoudre à leur gré l'association.

Les époux ne peuvent ni déterminer le mode d'administration, ni se partager les fonctions d'administrateur, ni modifier les statuts, ni fixer les causes de dissolution de l'association.

De tout cela il résulte que la communauté ne peut être considérée comme une variante de la société, comme une espèce dont la société serait le genre. Et même en admettant l'opinion en cours sur ce point, nous nous demandons si véritablement on peut soutenir que la communauté bénéficie d'une liberté plus grande que la société. S'il est quelques conventions permises dans la communauté et interdites dans les sociétés, n'en est-il pas bien plus qui sont permises dans les sociétés et interdites dans la com-

munauté ? Et s'il en est ainsi, la liberté ne nous paraît pas être là où on est convenu de la placer.

L'intérêt de la question que nous venons de traiter est d'abord de réduire à deux — donations et pouvoirs de la femme sur ses biens — les matières où existe une liberté plus étendue pour le contrat de mariage que de droit commun.

Ensuite, s'il est exact que la communauté ne soit à aucun titre une variété du genre société dont les règles sont tracées par le Code au titre « des sociétés », mais bien une institution spéciale régie par des règles propres, on ne peut recourir aux dispositions de ce titre pour interpréter les clauses d'un contrat de mariage. Celles-ci se suffisent à elles-mêmes et, comme le disait Laurent, « on ne peut pas argumenter par voie de principe à conséquence, là où il y a des principes différents (1) ».

Dans le même ordre d'idées, il en résulte que la détermination du caractère légal des conventions matrimoniales et la qualification des clauses du contrat de mariage ne seront pas décidées souverainement par les juges du fait, mais seront soumises au contrôle de la Cour de cassation (2).

Si le développement qui précède est exact, on peut se demander ce qu'il reste dans les règles spéciales au contrat de mariage de véritablement extensif et dérogatoire

(1) Laurent, *Principes de droit civil*, t. XXI, n° 196, p. 227.

(2) Req., 4 juin 1855, S. 55.1.3743 ; Ch. réunies, 8 juin 1858, S. 58.1.417.

au droit commun : nous n'apercevons que les règles relatives aux donations et les stipulations concernant les pouvoirs de la femme sur ses propres, avec en regard, toutes les restrictions que nous avons énumérées.

Peut-être donc n'avions-nous pas tout à fait tort en disant que le Code, qui proclame le principe de liberté des conventions matrimoniales, avait conservé le nom et supprimé la chose. Et nous ne pensons pas qu'on puisse nous objecter la possibilité de combiner les clauses de régimes différents. En effet, il ne s'agit là que de règles établies par le législateur et si les intéressés peuvent sans doute les faire passer d'un régime dans un autre, du moins leur est-il interdit de les modifier soit pour en étendre la portée, soit pour la limiter.

Résulte-t-il vraiment de tout ceci une liberté tellement exceptionnelle qu'elle doive être signalée comme un principe à part ? Cette liberté est-elle plus étendue que celle qui existe en matière de vente, où les parties peuvent choisir entre divers degrés de garantie ? Ainsi elles peuvent se contenter de la garantie de droit commun prévue par les articles 1626 et 1640, elles peuvent aussi « par des conventions particulières ajouter à cette obligation de droit ou en diminuer l'effet ; elles peuvent même convenir que le vendeur ne sera soumis à aucune garantie » (art. 1627, Cf. les art. 1628 et 1629).

Nombreuses également sont les modalités proposées par le législateur au choix des parties en matière de résolution des contrats (art. 1654 à 1657), et nous ne voyons pas qu'on

se soit jamais avisé d'ériger une pareille faculté en une liberté exorbitante du droit commun. Comment expliquer dès lors que l'on ait vu, au sujet du contrat de mariage, des manifestations d'une liberté exceptionnelle dans des dispositions qui, permises dans d'autres contrats, n'apparaissent pas pour cela avec ce caractère ? Pourquoi ne parle-t-on pas en raison des options laissées aux parties en matière de vente, d'une liberté exceptionnelle qui constituerait un principe spécial permettant de déroger aux règles générales d'interprétation ? Car c'est surtout à ce résultat que nous conduit l'admission de l'idée que nous combattons.

Le caractère spécial donné au principe de liberté des conventions matrimoniales nous paraît tenir d'abord à l'influence de l'ancien droit ; au surplus la possibilité de stipuler l'inaliénabilité dotale maintenue par le Code, et l'article 1387 conférant aux parties le droit de faire comme elles le jugent à propos leurs conventions matrimoniales, permirent à la pratique désireuse de ne rien changer à ses manières de faire de prétendre que les règles de l'ancien droit avaient été maintenues en la matière dans la presque totalité de leur étendue.

Une autre explication réside dans le prestige de l'idée de liberté. Dans les autres contrats, la liberté des conventions était déjà de règle. Personne ne fut choqué qu'il existât un contrat dans lequel cette liberté reçut une extension encore plus grande, en quelque sorte exceptionnelle. Une liberté toujours plus étendue paraît désirable pour elle-

même, et comme dans l'espèce elle présentait encore l'avantage de favoriser les mariages, ainsi qu'on a coutume de le répéter, la chose parut toute naturelle : elle fut donc admise d'emblée.

En résumé, il existe en droit matrimonial une liberté spéciale dans la mesure que nous venons d'indiquer. Nous nous proposons, dans le chapitre suivant, de montrer que cette liberté, même restreinte, a suscité de graves inconvénients et qui ont été encore accentués par l'extension qui lui a été donnée par l'opinion commune.

TITRE II

DANGERS DE L'OPINION COMMUNE QUI FAIT DU PRIN-
CIPÉ DE LIBERTÉ DES CONVENTIONS MATRIMONIALES
UN PRINCIPE A PART DONT LES LIMITATIONS CONSTI-
TUENT DES EXCEPTIONS

CHAPITRE PREMIER

DANGERS AU POINT DE VUE DE L'INTERPRÉTATION.

Le principe de liberté des conventions matrimoniales présente de graves inconvénients, même s'il est limité aux dérogations du droit commun auxquelles nous venons de conclure qu'il est effectivement restreint : donations et pouvoirs de la femme sur ses biens. Ce principe est encore bien plus néfaste s'il est interprété comme le fait l'opinion commune, car en plus des dangers qu'il présente dans le cas précédent, et sur lesquels nous allons nous étendre au cours de ce chapitre, son application ne peut en outre manquer de fausser les règles d'interprétation. La liberté des conventions matrimoniales ne saurait, en effet, être entendue de la même manière dans l'opinion que

nous proposons et dans celle qui est généralement adoptée. De la démonstration tentée au chapitre précédent il ressort que le droit commun en vigueur dans tous les contrats est la règle en matière matrimoniale comme en toute autre, et que les dérogations à ce droit commun, réduites à deux en réalité, constituent des exceptions. Cette manière de voir a pour résultat de permettre d'appliquer à ces dernières l'interprétation restrictive et l'interprétation extensive aux règles du droit commun.

Au contraire, si on part de cette idée que le législateur a renversé les principes en cette matière, qu'il a décidé que la liberté était ici la règle, une règle à laquelle le droit commun des contrats doit être subordonné ; que cette liberté forme un droit commun spécial au contrat de mariage, c'est donc que le droit commun dans la mesure où il restreint cette liberté constitue une exception. Il doit donc recevoir ici une interprétation diamétralement opposée à celle qui lui est donnée dans les autres contrats où il constitue la règle. Partout ailleurs nous étions autorisés à raisonner par analogie : ici, nous devons employer l'interprétation restrictive et *vice versa*.

C'est dans le sens de la liberté que nous devons solutionner les difficultés qui se présenteront, et toute limitation à cette liberté devra recevoir une interprétation restrictive. A notre sens ce fut l'unique erreur, si erreur il y a, commise par ceux qui admirent l'incapacité contractuelle. Ils furent logiques, et, habitués à entendre parler du principe de liberté des conventions matrimoniales, ils n'eurent qu'à l'appliquer.

Sans doute, quand ils voulurent légitimer leur opinion ils parlèrent de liberté absolue. Il y a là un *lapsus calami* évident. Ils voulaient dire que, par application du principe de liberté, celle-ci était la règle. Elle devait donc permettre d'écarter le droit commun quand il venait à son encontre. Et toutes les situations prévues au contrat de mariage, à moins d'une interdiction expresse et formelle, devaient recevoir leur application. Seules les conventions énumérées par l'article 1388 et suivants devaient être considérées comme des restrictions à cette liberté. Et ces auteurs étaient dans le vrai, du moment où on entend le principe de liberté des conventions matrimoniales comme on le fait d'ordinaire. Si ce principe signifie quelque chose, il doit avoir la signification que nous venons de dire. Nécessaire pour la conclusion facile des mariages, il doit être substitué comme droit commun du contrat de mariage au droit commun des autres contrats. Dès lors, encore une fois, tout ce qui déroge à la liberté, — même les principes les plus incontestés du droit — doit être considéré, quand il s'agit de l'interprétation, comme des dispositions exceptionnelles.

C'est bien, d'ailleurs, ainsi que la doctrine l'entend. Pour s'en convaincre, il n'y a qu'à voir comment les auteurs exposent cette matière. Ils posent comme principe (1) la liberté, et énumèrent les diverses applications qu'elle reçoit. Ils énumèrent ensuite sous la dénomination « res-

(1) Planiol, *Traité*, t. III, nos 795 et suivants.

trictions diverses » les limitations à ce principe, soumises par suite à l'interprétation restrictive.

Mais alors, l'inaliénabilité dotale qui figure dans le premier paragraphe, parmi les applications du principe de liberté, est donc revêtue des caractères du droit commun et doit être interprétée extensivement. Par contre, les clauses contraires aux bonnes mœurs, dont on pense sans doute que la nullité constitue le droit commun des contrats, ne sont de même interdites ici qu'exceptionnellement.

La nullité des clauses contraires aux bonnes mœurs, de celles portant atteinte à la puissance paternelle, à la puissance maritale, est, semble-t-il, le droit commun en toute matière, et les clauses qui y dérogent valablement sont toujours des exceptions. Eh bien non ! il est un contrat, celui de mariage, où le principe étant la liberté, de telles clauses sont présentées comme étant exceptionnellement interdites.

On ne peut s'étonner, après cela, qu'on se soit ingénié à rendre valables de telles clauses : on ne faisait que tirer les conséquences logiques du principe de liberté et appliquer les règles imposées par l'adoption de cette idée. Et quand on a voulu repousser cette manière de voir et condamner les théories qui en étaient la mise en application, on a pris le contrepied du principe de liberté et par là remis les choses en place. On a purement et simplement déclaré que les principes de droit commun devaient conserver leur empire, toute leur valeur de principes en ma-

tière matrimoniale comme en toute autre. Mais cela ne revient-il pas à dire qu'ils ne devaient pas être considérés comme des dérogations à un autre principe — celui de liberté — qui leur aurait été substitué, mais comme des règles avec toutes leurs conséquences ? Et comme dans une même matière il ne saurait y avoir plusieurs règles ayant même valeur, même champ d'application, il est nécessaire de faire un choix : ou la règle sera la liberté et l'exception les limitations, et alors celles-ci seront susceptibles de recevoir ici une application plus étroite que dans les autres contrats ; ou bien ces limitations devront être entendues et appliquées ici comme en toute autre matière — ainsi que l'a déclaré la Cour de cassation — et alors les restrictions à la liberté devant recevoir ici la même application et la même interprétation, nous ne comprenons pas comment on peut prétendre que le principe, en matière de contrat de mariage, est la liberté et que les restrictions constituent des dérogations à cette liberté. Il faut au contraire, nous semble-t-il, poser en principe que cette matière comme toute autre est régie par les règles du droit commun des contrats, sauf les deux dérogations citées.

Et il n'y a pas là qu'une simple chicane de mots sans autre portée qu'une question de terminologie. La tentative faite en faveur de l'incapacité contractuelle de la femme le prouve surabondamment. L'erreur des partisans de cette opinion procède manifestement de la terminologie et du système que nous combattons : ses auteurs n'avaient fait

que tirer les conséquences logiques du principe de liberté des conventions matrimoniales admis unanimement.

Mais dès lors que ces conséquences furent repoussées, n'est-ce pas le principe lui-même d'où elles dériveraient qui fut renversé? Car, comment présenter pour vrai un principe dont on repousse les conséquences? D'ailleurs en la circonstance, la Cour suprême ne s'est pas bornée à déclarer fausses les déductions tirées du principe de liberté, elle a expressément affirmé le maintien en notre matière du principe de droit commun mis en jeu par l'espèce à elle soumise; elle l'a fait prévaloir par rapport à celui de liberté. Ce jour-là, c'est notre théorie qui a été celle de la Cour de cassation. L'interdiction de déroger aux bonnes mœurs, à la puissance maritale, aux pactes successoires, etc..., constitue donc en matière de contrat de mariage, comme en toute autre matière, des règles générales et non des exceptions à une règle particulière à notre matière. Ces interdictions sont donc des règles de droit communes à toutes les matières, y compris le contrat de mariage.

Ce qui est exceptionnel ici comme ailleurs, c'est la possibilité de faire varier la capacité des personnes par convention, de déclarer un bien inaliénable et de faire des donations sans conditions potestatives, etc...

Cette constatation a son importance; elle doit, à notre avis, permettre d'éviter des tentatives nouvelles du genre de celle que nous venons de rappeler.

Mais, même ramenées de l'application d'une règle à des exceptions, d'un principe à des dérogations au droit

commun, nous considérons encore comme dangereuses certaines d'entre elles. Nous voulons parler de celles qui permettent aux époux de faire varier dans une large mesure les pouvoirs de la femme sur ses biens. C'est à le démontrer que nous allons consacrer le chapitre suivant.

CHAPITRE II

DANGERS QUE PRÉSENTENT CERTAINES DE CES LIMITATIONS MÊME ENVISAGÉES COMME DES DÉROGATIONS AUX RÈGLES DU DROIT COMMUN.

Nous avons vu que le principe de liberté des conventions matrimoniales se réduit en fait à deux dérogations principales aux règles du droit commun ; sur ces deux points, les époux ont une liberté plus grande dans la détermination de leurs conventions.

Nous n'avons rien à dire de l'application de cette règle aux donations. Peut-être est-il utile que certaines règles rigoureuses établies pour les donations ordinaires, soient supprimées quand il s'agit du mariage. Cela ne paraît guère avoir d'inconvénients à raison des personnes qui font ces donations ou au profit de qui elles sont faites, ainsi que des conditions dans lesquelles elles ont lieu. Il peut donc sembler naturel que les mesures de précaution et les restrictions accumulées dans d'autres circonstances soient ici écartées ; ce n'est pas au surplus faire bénéficier les donations faites par contrat de mariage d'un régime de faveur proprement dit, c'est bien plutôt dans un cas où ce contrat ne présente pas les dangers habituels le soumettre au régime de droit commun auquel il a dû être

soustrait partout ailleurs à raison des dangers qu'il présentait et qui ne sont plus à redouter dans le cas qui nous occupe.

Reste la dérogation relative aux pouvoirs de la femme sur ses biens ; c'est de beaucoup la plus importante. Nous l'avons jugée particulièrement dangereuse à raison des clauses qu'elle permet de stipuler et des conséquences qu'elle entraîne. C'est ce dernier point que nous allons développer maintenant. Les pouvoirs de la femme sur ses biens, qui en notre matière sont abandonnés aux libres conventions des parties, peuvent se diviser en deux groupes :

Ceux concernant son droit de disposer ;

Ceux relatifs au droit de s'obliger et à l'administration et à la jouissance de ses biens.

§ 1. — Conventions concernant le droit pour la femme de disposer de ses biens.

Nous savons dans quelle mesure les pouvoirs de la femme de disposer de ses biens peuvent faire l'objet de conventions de la part des époux dans leur contrat de mariage. Nous rappellerons les principales situations qui peuvent résulter pour la femme de l'exercice de ce droit. Ces situations sont nombreuses et varient selon les régimes.

En premier lieu, certains biens de la femme peuvent passer aux mains du mari en pleine propriété, sauf naissance d'une créance au profit de la femme.

Cela se produit pour les propres imparfaits dans les régimes de communauté, pour les biens dotaux mobiliers et pour les biens estimés dans le régime dotal.

Les biens de la femme peuvent aussi devenir communs et lui échapper complètement quant au droit de disposition qui passe au mari presque sans restriction, sauf en ce qui concerne les dispositions à titre gratuit. En ce cas la femme en est complètement dépouillée et il ne lui reste même pas une créance, comme dans le cas précédent, mais seulement le droit de renoncer à la communauté pour se soustraire aux dettes ou de demander la séparation pour mettre fin à cet état de choses. C'est la conséquence de l'adoption de la communauté quelles qu'en soient les modalités.

Parfois encore, les biens de la femme restent à sa disposition en tout ou partie et peuvent être aliénés par elle. Cette aliénation peut avoir lieu sans autorisation s'il s'agit de ses meubles, — sans restriction d'après la doctrine, et seulement dans la mesure de son administration d'après la jurisprudence ; c'est le régime de la séparation de biens.

Cette aliénation peut avoir lieu seulement avec l'autorisation du mari ou de justice, s'il s'agit de ses immeubles et même de ses meubles d'après la jurisprudence, sous le régime de la séparation de biens ; s'il s'agit de ses propres, quels qu'ils soient, sous les régimes de communauté ; s'il s'agit enfin de ses paraphernaux sous le régime dotal.

Enfin, sous le régime dotal, certains biens de la femme, et même tous ses biens présents et à venir selon la con-

vention, et en particulier sa créance en restitution de sa dot et l'hypothèque qui la garantit, ne peuvent être aliénés ni par la femme seule, ni même par la femme autorisée de son mari ou de justice. C'est là la plus grave des facultés laissées aux époux dans leur contrat de mariage.

On nous accordera sans peine qu'il y a là une variété de situations — et encore, ne sommes-nous pas certains de n'en avoir pas omis — qui ne peut manquer d'être tout au moins une source de grandes complications et de fraudes inévitables.

A ce dernier point de vue, il nous semble très probable qu'avant la loi de 1850, le régime dotal n'était pas le seul à présenter des dangers pour les tiers.

En tous cas, les biens de la femme qui deviennent la propriété du mari, sauf obligation pour celui-ci d'en restituer la valeur, constituent pour la femme en quelque sorte un prêt obligatoire d'une durée indéterminée, celle du mariage. Il y a là un dépouillement qui lui est imposé ; sans doute, elle devient créancière, mais une créancière dont la situation n'est pas sans analogie avec celle du crédentier. Elle est pire cependant en un certain sens, car celui-ci peut réclamer le montant de sa créance si son débiteur cesse de lui payer les arrérages, tandis que la femme ne peut qu'attendre la dissolution du mariage, à moins toutefois qu'elle consente à recourir à la séparation de biens. Et alors, pour des raisons diverses, raisons de convenance, de sentiment, elle se trouve placée dans la dure nécessité d'opter entre ses intérêts et ses sentiments et de sacrifier l'un à l'autre.

Pour les biens de la femme qui deviennent communs, la situation n'est ni moins grave ni moins périlleuse. Cette fois, la femme n'a même pas de créance contre son mari dont les pouvoirs sont en fait sans restriction. Par contre, elle peut avoir à subir les dettes faites par le mari à l'occasion de l'administration de ces biens ; en pareil cas, sa seule sécurité consiste dans la possibilité d'échapper aux charges établies, sans son concours, sans son assentiment, et peut-être contre son gré, en abandonnant ses droits sur sa part des biens communs. Et il est toujours bien entendu qu'elle peut recourir à la ressource suprême, souvent inefficace et dérisoire à raison même des conditions dans lesquelles elle intervient, de la séparation de biens.

Il nous faut insister ici sur les pouvoirs reconnus au mari sur les biens communs, pouvoirs qui constituent à l'heure actuelle — tant ils sont en désaccord avec les mœurs et les idées nouvelles — à la fois une injustice et un péril permanent pour la femme.

Remarquons d'ailleurs que cette situation est celle de la presque totalité des femmes mariées, puisqu'elle est celle de toutes celles qui sont mariées sous le régime de la communauté légale ou conventionnelle.

Le mari a des pouvoirs à peu près illimités sur les biens de la communauté : « Il peut les vendre, aliéner et hypothéquer sans le concours de la femme » (art. 1421 C. civ.), pour ne parler que de ses pouvoirs de disposition. Nous avons vu qu'il peut même les donner, pourvu qu'il s'en

tienne aux meubles, et le fasse à titre particulier et sans s'en réserver l'usufruit.

Ce n'est pas tout : les obligations du mari, de quelque nature qu'elles soient, pourront s'exécuter sur les biens communs, ce qui constitue une aliénation indirecte.

Bien mieux, ses délits et ses amendes seront à la charge de ces biens, à tel point que Toullier en avait conclu que durant le mariage la femme n'était pas co-propriétaire ; cette opinion n'a pas prévalu, mais elle fait bien ressortir l'exagération des pouvoirs du mari. Troplong conservait au mari son ancien titre de seigneur et maître que lui donnait l'article 225 de la Coutume de Paris. Baudry-Lacantinerie (1), après avoir indiqué le caractère du fonds commun et sa destination aux charges du ménage, pour être finalement partagé par moitié, ajoute : « Mais cette idée se trouve singulièrement atténuée et transformée par l'étendue considérable des pouvoirs du mari : la communauté tant qu'elle dure est presque absorbée dans la personne de l'époux. »

Personne n'ose plus soutenir que les pouvoirs du mari sur les biens communs sont justifiés. « Il est inutile d'insister, écrit M. Baudry (2), sur le caractère suranné de cette distinction entre les donations de meubles et les donations immobilières. Le législateur futur ne devra pas, à notre avis, laisser subsister au profit du mari ce droit d'aliéner à titre gratuit les valeurs mobilières, si ce n'est dans les

(1) *Contrat de mariage*, t. I, p. 488.

(2) Baudry-Lacantinerie, *eod.*, t. I, p. 600.

limites des cadeaux ou présents d'usage ou pour l'établissement des enfants communs. »

Après avoir souligné que les dettes contractées par le mari grèvent toutes le fonds commun sauf récompense et au cas seulement où la fortune du mari s'en est trouvée augmentée, M. Boistel (1) ajoute : « La porte est donc largement ouverte à toutes les fantaisies du mari, à tous ses entraînements, à toutes ses dissipations. Par cette voie s'écoulent imperceptiblement, à l'insu de tous, surtout à l'insu de la femme, la fortune actuelle du ménage et même son bien-être à venir. »

« Le mari, dit encore M. Baudry-Lacantinerie (2), peut obliger la communauté, non seulement par contrat, mais même par des délits, sauf la récompense qu'il doit payer en ce qui concerne l'amende. Il peut l'engager activement et passivement dans toute espèce de spéculations et d'opérations. Si, par exemple, il cautionne un tiers, un ami, et est obligé de payer la dette, la communauté va se trouver tenue — et cela sans récompenses — s'il n'en a pas tiré de profit personnel. »

Et nous pourrions multiplier ces citations.

On objecte cependant qu'en pratique, une restriction importante aux pouvoirs de disposition du mari résulte

(1) Boistel, Des limites à apporter aux pouvoirs du mari dans l'administration de la communauté, *La Réforme sociale*, 43, 1902, p. 53.

(2) Baudry-Lacantinerie, *Traité de droit civil* ; Le Courtois et Surville, *Contrat de mariage*³, t. I, p. 588.

de l'hypothèque légale de la femme ; comme cette hypothèque légale frappe à l'imitation du douaire légal tous les biens du mari, celui-ci aura « besoin du concours de sa femme chaque fois qu'il vend, qu'il hypothèque ou qu'il s'oblige ; les tiers avec qui il traite ne manquent jamais d'exiger ce concours ; il est utile aux créanciers dont le gage pourrait sans cela être absorbé par les reprises dotales ; il est utile aux acheteurs pour les décharger des responsabilités de la purge légale et les prémunir contre les dangers d'une surenchère. Il y a plus encore ; grâce à la jurisprudence qui a fort sagement étendu l'hypothèque légale sur les conquêts de la communauté, le mari, en fait, ne peut plus disposer seul des biens communs ; ici encore, il est sans cesse obligé de solliciter l'intervention de sa femme (1) ».

On remarque en effet que le rôle de l'hypothèque légale de la femme s'est trouvé étendu par là. La femme interviendra donc quand le mari voudra aliéner ou donner un immeuble à toute autre personne qu'un enfant commun (art. 1422 C. civ.).

Nous reconnaissons volontiers les effets heureux de l'hypothèque légale, mais nous remarquerons que son efficacité est subordonnée à la condition que le patrimoine commun ou celui du mari contiennent des immeubles.

D'autre part, si efficace que soit cette protection, elle vient après coup. Elle consiste dans des mesures à carac-

(1) Gide, *Etude sur la condition privée de la femme* ², p. 482.

tère répressif et tend à remettre les choses dans l'état où elles auraient été si le mari n'avait pas eu les pouvoirs dont nous venons de parler. Ce résultat n'aurait-il pas pu être obtenu très simplement en ne conférant pas ces pouvoirs au mari ?

Le fait qu'on a dû établir tout un système destiné à servir de correctif à la situation créée par les pouvoirs du mari est la preuve irréfutable des dangers que ceux-ci font courir à la femme.

Nous n'avons rien à dire des rares cas où la femme a la possibilité de stipuler le pouvoir d'aliéner sans autorisation maritale conformément au droit commun, ni de son droit d'aliéner avec autorisation selon son droit commun de femme mariée. Alors le principe de liberté des conventions matrimoniales n'a pas joué ; la capacité de la femme est normale. Mais en ce qui concerne la situation envisagée par nous en dernier lieu, celle qui est faite à la femme quand elle a usé de la liberté de choisir le régime dotal, l'inaliénabilité de certains biens qui en résulte est susceptible de plonger les époux dans le plus grand embarras et en outre de faire courir aux tiers de graves dangers.

C'est ce dernier point qu'il nous reste à développer.

Rappelons à ce sujet l'opinion des rédacteurs du Code civil qui voulaient la suppression du régime dotal ; nous avons vu comment le législateur a eu la main forcée à cet égard et nous aurons à rechercher tout à l'heure s'il serait actuellement possible de faire ce qui ne put l'être alors.

On sait combien la stipulation de dotalité à raison de l'inaliénabilité qu'elle entraîne est contraire aux règles les moins contestées de l'Economie politique. Elle aboutit à un régime anti-économique par excellence, la meilleure situation des biens étant celle qui assure leur libre circulation. C'est par crainte de gêner cette dernière que, dans d'autres cas, celui de l'indivision par exemple, la loi a été notablement amenée à réduire la liberté des conventions. En ce cas, elle a dérogé au droit commun en sens inverse. Il en résulte des dispositions contraires à un même point de vue. Depuis longtemps déjà, des plumes autorisées ont fait ressortir l'étrange anomalie que constitue dans nos lois cette inaliénabilité. Troplong, Marcadet, en ont fait une critique célèbre. « Il faut toujours et quand même, disait ce dernier, que la dot se retrouve : au prix de la dignité et du bonheur même de la famille, au prix de la prospérité des affaires de la maison, au prix de la fortune des tiers si scandaleusement spoliée parfois, au prix du crédit et des transactions entravées par l'inaliénabilité, au prix de l'honneur et de la morale publique, à tout prix enfin, il faut que la dot soit sauve, la raison d'Etat l'exige (1). »

« Mariée en communauté, dit Troplong, la femme se couvrirait de honte, si elle venait renier ses engagements. Mais il y a une autre morale pour la femme dotale : elle peut promettre et signer ; elle n'est pas forcée de tenir (2). »

(1) Marcadé, *Explication du Code civil*³, 6, p. 16.

(2) Troplong, *Du contrat de mariage*, 1850, préf. p. CLV bas.

Homberg, premier avocat général à Rouen, déclarait en 1849 : « Depuis seize ans que je suis mêlé aux affaires judiciaires de la Normandie, j'ai appris à connaître le régime dotal.

« Je l'ai vu servir d'instrument à tant de fraudes et devenir la source de si amères déceptions que j'ai cru faire acte de bon citoyen en lui déclarant la guerre (1). »

La situation n'est pas allée en s'améliorant puisque, disait M. Labbé en 1887 : « Le régime dotal, qui rend les biens dotaux inaliénables et insaisissables, a dans ces derniers temps surtout abouti à des conséquences funestes et iniques. Il conviendrait législativement de le modifier et de le restreindre. Le moment n'est pas bien choisi pour l'étendre (2). »

Le mal a empiré, puisque l'inaliénabilité, autrefois limitée au régime dotal, peut désormais être valablement stipulée dans tous les régimes, et que restreinte jusqu'à ces derniers temps aux seuls biens dotaux, elle a fini par gagner même les biens de la femme qui ne le sont pas.

Les fraudes que favorise le régime dotal sont classiques, puisqu'un délit a porté son nom à une époque, « l'escroquerie au régime dotal ». Cela seul aurait dû décider le législateur à le faire disparaître, mais on se contenta de faire la loi du 10 juillet 1850, depuis laquelle, à en croire ses auteurs, l'inaliénabilité dotale ne peut plus faire d'au-

(1) Homberg, *Abus du régime dotal*, 1849, préf., p. 1.

(2) Labbé, *Revue critique*, t. XVI (nouv. série), 1887, p. 446.

tres victimes que parmi les négligents et les imprudents.
Cela, c'est la théorie.

En fait, comme aucune formule sacramentelle n'est exigée pour la soumission au régime dotal, dans bien des cas, il y aura une réelle incertitude sur le point de savoir si telle clause emporte ou non la dotalité. Sans doute, la règle est la paraphernalité, la dotalité l'exception et cette dotalité ne peut résulter que d'une clause expresse. Mais alors de grandes difficultés s'élèvent sur le point de savoir quand il y a clause expresse.

« Malgré un assez grand nombre de décisions très nettes et très solides, dit M. Planiol (1), il règne toujours un peu de contradiction dans les arrêts. » On aura donc beau consulter le contrat de mariage, il arrivera que le sens d'une clause dépendra de l'appréciation du tribunal et c'est ainsi que malgré les précautions de la loi de 1850, les tiers ne sont pas toujours à l'abri des fraudes de l'inaliénabilité dotale.

Cette protection n'est pas dangereuse seulement pour les tiers, car elle constitue une arme à double tranchant. Elle protège si bien les époux qui y ont eu recours qu'elle est de nature à les ruiner. Si une aliénation devient nécessaire parce que, par exemple, les époux changent de résidence, que la valeur du bien est sur le point de baisser ou encore pour toute autre raison, on ne pourra ni parer à la dépréciation menaçante, ni réaliser une bonne opéra-

(1) Planiol, *Traité*, t. III, n° 1481.

tion. Le contrat de mariage est là, rigide, interdisant tout changement, imposant un immuable et définitif *statu quo*. Et cette immutabilité n'atteint pas seulement les biens pour lesquels les époux l'ont stipulée, ceux de la femme, elle frappe même ceux du mari, par contre-coup et à raison de l'hypothèque légale à laquelle la femme ne peut renoncer. Il est vrai que les parties peuvent convenir l'inaliénabilité sans condition de remploi, mais encore faut-il qu'elles l'aient convenu. Et même alors les tiers sont exposés à de graves dangers, puisqu'ils sont responsables du remploi dans des conditions strictes, dont la rigueur est encore aggravée par la difficulté où ils se trouvent parfois de savoir s'il y a ou non dotalité.

Sans doute les époux sont libérés en partie tout au moins des entraves que nous venons d'énumérer, mais toujours est il qu'« avec tout son cortège de prohibitions, le régime dotal n'assure pas à la femme la protection absolue qu'elle espère y trouver (1) ». On n'a pu éviter les dangers de l'inaliénabilité complète que pour courir ceux d'une aliénabilité avec remploi, dans laquelle les tiers, responsables seulement de la matérialité du remploi, ne le sont pas de son utilité. Il suffit donc aux époux de faire un remploi en un bien d'une valeur beaucoup moindre et ils aboutissent ainsi au résultat qu'a pour but d'éviter l'adoption du régime dotal.

En outre, si la dot est mobilière, elle peut être aliénée

(1) Planiol, *Traité*, t. III, n° 1476.

par le mari et saisie par les créanciers jusqu'à ce qu'intervienne la séparation.

Il semble donc que le régime dotal présente à tous points de vue plus de dangers et d'inconvénients que d'avantages.

Et nous ne rappellerons que pour mémoire l'argument que ce régime fournit aux partisans de l'incapacité contractuelle de la femme ; ils invoquaient notamment l'analogie de la situation créée par cette stipulation nouvelle avec celle résultant d'une clause de dotalité frappant tous les biens présents et à venir de la femme

S'il en fallait une preuve nouvelle, nous la trouverions dans la statistique des séparations de biens. Les tribunaux en prononcent deux et même trois fois plus, si on tient compte du chiffre de la population dans les pays du Midi, où est généralement adopté le régime dotal, que dans les pays du Nord, où le régime le plus fréquent est celui de communauté. Cette différence prouve surtout que la dotalité est loin de constituer la sauvegarde que ses partisans croient y trouver. C'est d'ailleurs, sans doute, pour ces raisons que les statistiques (1) montrent que ce régime est en recul progressif en France.

C'est ainsi que le régime dotal perd sans cesse du terrain dans la région qui était jadis son domaine propre, et ses progrès sont à peu près nuls dans le reste du pays. Dans

(1) *Bulletin de statistique*, février 1899, p. 141 ; *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1900, p. 562.

les ressorts de Montpellier, Nîmes, Aix et Bastia, la majorité des contrats stipulent encore la dotalité. Mais à Toulouse, il ne figure que 764 fois sur 4.000 contrats dressés en 1898 ; à Grenoble 1.566 sur 4.310 ; à Bordeaux, il n'existe qu'à l'état d'extrême exception, puisque sur 5.561 contrats, 5.527 adoptent la communauté réduite aux acquêts. En Normandie (ressorts de Caen et Rouen), sur 6.118 contrats, 931 seulement comportent stipulation du régime dotal. A Paris on ne signale que 63 cas du régime dotal pur sur 8.653 contrats passés en la même année. Quant au reste de la France, formé de nos anciennes provinces coutumières et comprenant les trois cinquièmes du pays, d'après la statistique à laquelle nous empruntons ces renseignements le régime dotal n'y est plus adopté que $\frac{3}{4}$ fois.

Il convient toutefois de faire des réserves sur les conclusions à tirer de ces chiffres qui ne donnent certainement pas le nombre exact des cas du régime dotal dans les départements du Centre et du Nord et principalement à Paris. Il est très invraisemblable que dans l'année envisagée, le régime dotal n'ait été stipulé à Paris que une fois sur 137 : cette proportion est de beaucoup inférieure à celle des méridionaux habitant Paris, et il faudrait conclure qu'en se déplaçant, ces derniers perdent leurs traditions locales. Aussi doit-on se demander s'il ne s'est pas glissé dans cette statistique des erreurs de nature à la fausser au point de la rendre inutilisable. Ces erreurs proviendraient en premier lieu de l'incertitude déjà signalée sur les clauses qui constituent la dotalité, et de la

pratique de beaucoup de notaires de commencer la rédaction d'un contrat en établissant la communauté d'acquêts, les clauses relatives à la dotalité ne venant qu'après. On aurait ainsi attribué à la communauté d'acquêts un grand nombre de contrats qui, tout en la stipulant, ne contenaient pas moins des clauses empruntées au régime dotal. Et cette observation ne s'applique d'ailleurs pas seulement à la communauté d'acquêts, mais à tous les régimes auxquels se trouvent mélangées des stipulations de dotalité.

Quoi qu'il en soit, la suppression d'un régime qui comporte les inconvénients et les dangers que nous venons d'énumérer paraît très désirable, dût-elle froisser certains intérêts particuliers. En tout cas, il n'est pas à prévoir qu'elle rencontrerait les mêmes résistances et susciterait le même mouvement d'opinion que lors de la rédaction du Code.

Nous avons vu que le principe de liberté des conventions matrimoniales ne permettait pas seulement de déroger au droit de disposition de la femme sur ses biens. Il nous reste à exposer la situation faite à la femme par suite de l'insertion dans son contrat de mariage de clauses concernant son pouvoir de s'obliger et ses droits d'administration et de jouissance sur ses biens.

§ 2. — **Conventions relatives au droit pour la femme de s'obliger, d'administrer ses biens et d'en jouir.**

En ce qui concerne ces conventions, voici les diverses situations auxquelles la femme mariée peut se trouver soumise, et ce, à raison du principe de liberté des conventions matrimoniales.

Le principe est que la femme ne peut s'obliger sans l'autorisation de son mari, quel que soit le régime adopté, communauté avec ses modalités, régime sans communauté, régime dotal en ce qui concerne les paraphernaux, et même régime de séparation, à moins qu'il ne s'agisse d'obligations relatives à l'administration de ses biens. Bien plus, même valablement contractée, une obligation de la femme ne peut être exécutée sur les biens dotaux.

On remarquera que la liberté des époux est enfermée dans les plus étroites limites. Il ne leur est permis, en effet, ni de la restreindre en stipulant que la femme ne pourra s'obliger avec l'autorisation de son mari, ni de l'étendre en convenant qu'elle pourra s'obliger sans autorisation, en dehors des nécessités de son administration dans le régime de séparation de biens. Tout ce qu'ils peuvent faire, c'est limiter à certains des biens de la femme l'exécution de ses engagements valablement pris. Cette limitation résultera d'abord, et c'est là son application la plus importante, de l'adoption du régime dotal qui a pour effet de soustraire à l'exécution de ses engagements même la propriété des biens dotaux de la femme. D'autre part,

la soumission des époux aux divers régimes de communauté, au régime sans communauté et même au régime dotal pour les paraphernaux, aura un effet analogue puisque les engagements de la femme ne pourront, sous ces régimes, être exécutés que sur la nue propriété de ses biens propres. Remarquons que malgré les principes de liberté et d'immutabilité des conventions matrimoniales, les époux ont plus de liberté au cours du mariage pour étendre la capacité de s'obliger qu'ils n'en ont dans leur contrat : nous voulons parler des achats de fournitures pour lesquels la femme peut être considérée soit comme mandataire de son mari, auquel cas elle ne s'obligerait pas, soit comme agissant en vertu d'une autorisation générale tacite. Dans cette dernière opinion, une telle autorisation n'équivaut-elle pas à une dispense d'autorisation ? D'autre part, au cours du mariage la femme peut s'obliger valablement en faisant du commerce avec ou sans autorisation ; il suffit pour cela que le mari ne s'y oppose pas. Ce sont là des dérogations très importantes à la règle rapportée plus haut.

Quant au droit de jouissance et d'administration de la femme, il doit être examiné relativement aux biens communs et à ses propres.

Sur les biens communs le mari a tous pouvoirs, sans même qu'une part, si minime soit-elle, soit réservée à la femme.

Sur ses propres, la femme est privée du pouvoir de les administrer et d'en jouir, sous tous les régimes, à l'except-

tion du régime dotal en ce qui concerne les paraphernaux, et du régime de séparation de biens.

C'est en ce qui concerne le droit de la femme de s'obliger que la liberté des époux est la plus limitée, et il semble qu'à ce sujet on en ait aperçu les dangers. Il s'agit en effet d'une question de capacité proprement dite, de règles concernant la personne et non plus de dispositions relatives aux biens. On n'a pu toutefois soustraire complètement la personne de la femme aux conséquences des conventions matrimoniales, ni concilier le principe d'ordre public qui veut que l'état et la capacité des personnes ne puissent être modifiés par la convention des parties, avec le principe de liberté de ces conventions à l'occasion du mariage. La limitation admise à cet égard n'a pas fait d'obstacle à la tentative si hardie de fixer par convention la capacité de s'obliger de l'un des époux.

N'est-ce pas là une preuve décisive du danger de pareilles conventions ?

En ce qui concerne les droits d'administration et de jouissance de la femme sur ses biens, on est unanime à critiquer les pouvoirs si considérables du mari, et il nous serait facile de rapporter les objections très fortes suscitées par notre législation.

Il est cependant certaines conséquences de la situation faite à la femme par suite de ces conventions qui ne nous paraissent pas avoir été suffisamment mises en lumière jusqu'à présent. On a continué en effet de mettre en regard de l'incapacité résultant pour la femme de la privation de

ses droits sur ses biens, toutes les mesures de protection accumulées par le législateur en sa faveur. Ce sont : l'hypothèque légale avec les mesures restrictives et tout l'appareil de procédure dont l'ont entouré les lois de 1855 et de 1899 ; ce sont aussi le droit de renoncer à la communauté, le bénéfice d'émolument, les avantages relatifs aux reprises. Toute une législation compliquée à l'excès s'est développée pour remédier à l'infériorité flagrante où la femme se trouve placée par son régime matrimonial. La pratique aussi bien que le législateur ont rivalisé d'ingéniosité dans ce but. Il en est résulté une œuvre imparfaite d'où se dégage nettement l'impression qu'après avoir permis de créer à la femme mariée une situation qui la place entièrement sous la dépendance de son mari, les praticiens et le législateur ont échafaudé des règles sans nombre pour que la femme ait à souffrir le moins possible de la situation inférieure qui lui est faite.

Et ceci résulte avant tout de ce que le point de vue initial — incapacité de la femme — est faux.

La protection établie par le législateur ne profite d'ailleurs pas à la femme, et en tous cas elle permet les fraudes contre les tiers. C'est le danger de cette liberté qui permet à la femme de choisir pour ses biens un régime tel qu'elle devra être protégée par la suite, alors qu'il eût été plus simple et plus conforme à l'intérêt public de ne pas permettre à la femme de se placer dans une situation qui rende nécessaire de pareilles mesures. Au lieu de la protéger pour corriger une incapacité créée de toutes pièces,

n'eût-il pas mieux valu ne pas créer cette incapacité ? Il n'y a lieu de déclarer incapables que les seules personnes qu'une infériorité naturelle et à laquelle on ne peut remédier, met dans l'impossibilité de faire elles-mêmes leurs affaires.

Toute protection qui n'a pas sa raison d'être dans une infériorité physique, au lieu de servir ceux au profit de qui elle est établie, tourne à leur détriment. De pareilles dispositions constituent à nos yeux un véritable piège. C'est dans cette protection qu'il faut rechercher la cause véritable de l'inaptitude persistante de la femme pour les affaires. Pourquoi se préparerait-elle à les traiter, puisqu'elle sait qu'en raison de son régime matrimonial elle n'aura jamais l'occasion de le faire, et qu'en même temps qu'un mari on lui imposera un intendant ? On n'étudie guère les questions pratiques dont on n'aura jamais à se préoccuper.

L'incapacité de fait de la femme où elle est d'administrer ses biens dans le sens le plus large, et dont nous ne faisons aucune difficulté de reconnaître la réalité présente, provient donc seulement d'un défaut de préparation ou plus exactement d'éducation.

Et rien ne pourrait mieux développer ses aptitudes à cet égard que la nécessité où devrait se trouver la femme d'administrer elle-même ses biens.

D'ailleurs, comment expliquer que l'on prenne tant de souci de protéger la même personne si elle est mariée, et qu'on en prenne si peu quand elle ne l'est pas ?

Pour toutes ces raisons nous concluons que le principe de liberté des conventions matrimoniales se réduit en fait à des dispositions limitant la capacité de la femme sur ses biens et présente plus d'inconvénients que d'avantages.

Il permet d'attribuer au mari, tant sur les biens communs que sur les propres de la femme, des pouvoirs que les idées actuelles et nos mœurs ne peuvent plus admettre.

Il maintient la femme dans un état d'infériorité persistant, et cet état paraît devoir durer aussi longtemps que notre législation actuelle qui en est la cause.

Enfin, il a rendu nécessaire une accumulation de dispositions législatives des plus complexes et qui ne protègent souvent ni la femme ni les tiers.

Reste à exposer le régime qui nous semble devoir être substitué à celui que nous venons de critiquer.

DEUXIÈME PARTIE

RÉGIME A ADOPTER

Nous venons de conclure que le principe de liberté des conventions matrimoniales doit être abandonné ; il convient maintenant de rechercher comment devra être réglée la situation des biens des époux pendant le mariage.

A cet égard, deux solutions sont possibles : ou bien le patrimoine des époux sera soumis aux règles du droit commun, ou bien on établira un régime légal, obligatoire dans tous les cas.

Ces deux solutions sont les seules admissibles si l'on écarte le principe de liberté, et il en résulte que l'adoption de l'une s'imposera du fait que l'autre aura été jugée inacceptable.

Nous examinerons en premier lieu s'il est possible de soumettre les biens des époux aux règles du droit commun ; et si nous concluons au rejet de cette solution, nous devons nécessairement accepter l'autre, celle d'un régime légal, obligatoire pour tous. Mais alors, quel sera ce régime ?

CHAPITRE PREMIER

DE LA POSSIBILITÉ DE N'ÉTABLIR AUCUN RÉGIME SPÉCIAL POUR LES BIENS DES ÉPOUX PENDANT LE MARIAGE ET PAR SUITE DE LES SOUMETTRE AU DROIT COMMUN.

Les époux n'ayant plus le droit de régler par leurs conventions la situation de leurs biens pendant le mariage, la question se pose de savoir s'il convient d'établir pour ces biens une réglementation spéciale, ou si au contraire il y a lieu de leur appliquer les règles du droit commun.

Examinons cette dernière solution : si elle venait à être adoptée, il n'y aurait pas de règles spéciales pour régler les biens des époux pendant le mariage : on appliquerait le droit commun qui gouverne les biens des individus, abstraction faite de l'union conjugale.

Cette solution ne nous paraît pas admissible. Il faut, en effet, se pénétrer des nécessités de la situation créée par le mariage. Le droit commun a été établi pour régir les rapports d'individus considérés en tant que tels, et surtout indépendants les uns des autres ; or, non seulement les époux sont destinés à vivre ensemble dans l'union la plus étroite, mais encore le mariage crée une situation telle qu'il n'est pas possible de le concevoir, tout au moins dans l'état actuel de nos mœurs, sans admettre la prédo-

minance du mari, quelle qu'en soit d'ailleurs l'étendue, et en conséquence, l'existence de règles spéciales.

Le droit commun règle les rapports de personnes ayant des intérêts distincts souvent opposés ; c'est ainsi qu'en principe, il sert dans la même mesure créancier et débiteur, bailleur et preneur, vendeur et acheteur.

Le mariage, au contraire, crée une situation nouvelle, une société de personnes toute spéciale qui entraîne des intérêts communs. « En effet, le mariage fait naître des charges communes aux deux conjoints. Une famille nouvelle se fonde, il faut régler son budget, l'alimenter, pourvoir à l'entretien des époux, à l'entretien et à l'éducation des enfants, déterminer comment et dans quelle mesure chaque époux contribuera à ces charges » (1) Bien d'autres points sont également à régler ; il s'agit de sauvegarder le patrimoine de la famille et de permettre aux tiers de traiter en toute sécurité. En outre, à raison du mariage, les patrimoines des époux ne peuvent manquer de se trouver en fait mélangés. Il importe donc également « de ménager aux époux ou à leurs héritiers les moyens de reprendre, à la dissolution du mariage ou en cas de séparation, les biens qu'ils ont entendu se réserver ou réserver à leurs familles, et de parer aux dangers de cette sorte de confusion de fait qui, surtout à l'égard de ses membres, se produit aisément durant la vie commune des époux » (2).

(1) Baudry-Lacantinerie, *Traité de droit civil* ; Le Courtois et Surville, *Du contrat de mariage* ², p. 32.

(2) Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, p. 32.

Ce sont là autant de raisons qui rendent nécessaire l'établissement de règles spéciales au mariage.

Le problème paraît s'être posé, quoique sous une forme un peu différente, lors de la rédaction du Code. Après avoir posé le principe de liberté des conventions matrimoniales, et avant d'aborder la question de savoir quel serait le régime légal, on se demandait s'il était nécessaire qu'il en existât un.

La question fut posée au Conseil d'Etat à propos de l'article 1393 et donna lieu à discussion. Tronchet soutint « qu'il est impossible qu'il n'y ait pas un droit commun, qui, lorsque les époux n'ont pas établi de règles pour leur société conjugale, supplée à leur silence, et décide s'il y aura communauté entre eux, ou s'ils se trouveront sous le régime de droit écrit (1) ». Mais peu de temps après, en présence des embarras créés par la détermination du régime de droit commun, Tronchet changeant d'avis émit l'opinion qu'on pourrait échapper à cette difficulté en constituant par la loi l'un et l'autre système sans donner la préférence à aucun et en se bornant à dire que chacun se mariera suivant le régime qu'il lui plaira choisir : on aurait eu à la vérité deux régimes matrimoniaux différents, mais sans nuire à l'uniformité de la législation, puisqu'aucun de ces deux régimes n'aurait été territorial.

Regnaud (de Saint-Jean-d'Angély) ayant demandé comment la société conjugale sera réglée, lorsque les parties

(1) Locré, *op. cit.*, t. XIII, p. 154.

n'auront pas fait de contrat de mariage, Tronchet fut obligé de reconnaître que « cette difficulté ne peut être levée si on n'établit pas le droit territorial (2). »

En somme, avec le principe de liberté, la difficulté touchant la détermination du régime de droit commun provenait de l'existence de plusieurs régimes matrimoniaux et de la nécessité de faire un choix parmi eux.

Si on supprime le principe de liberté, et c'est l'hypothèse dans laquelle nous nous plaçons, il est encore nécessaire d'établir un régime spécial destiné à régler la situation des biens des époux à raison de la condition toute particulière des époux pendant le mariage. Cela est tellement vrai que la question se pose pour les concubins, à cause seulement du fait de la vie commune (2). D'autre part, comment ne pas tenir compte de la tradition qui à toujours soumis à des règles spéciales les biens des époux ? Rappelons que tous les pays étrangers, à l'exception de l'Italie, ont établi un régime matrimonial légal. Le Code italien, voté en 1866, a écarté la communauté légale introduite par Napoléon en Italie en même temps que le Code civil français, et qui ne répondait pas aux habitudes de ce pays imprégné de droit romain. Le Code italien n'impose aucun régime à défaut de contrat. La loi, disait M. Vacca dans le rapport présenté au nom de la commission sénatoriale, se place sur le terrain neutre de la liberté ; elle

(1) Locré, *op. cit.*, t. XIII, p. 203.

(2) Cf. Viriot, *Caducité des conventions matrimoniales*, thèse Paris, 1908, p. 292 et suiv.

n'impose rien, elle ne préjuge rien. A défaut de contrat, chaque époux aura sur les biens les droits que la loi accorde à tous, sauf bien entendu les dispositions relatives à l'autorisation maritale. Il n'y a donc pas de régime légal en Italie, et, sauf l'autorisation maritale, les époux sont soumis, quant à leurs biens, au droit commun. Mais il importe de tenir compte en cette matière, peut-être plus qu'en toute autre, de la tradition d'un pays et de ses mœurs. On admettrait difficilement en France que l'on puisse substituer à un système de réglementation aussi complet et aussi minutieux que le nôtre un régime caractérisé précisément par l'absence de toute réglementation.

Nous croyons donc devoir conclure à l'adoption d'un régime matrimonial unique et obligatoire.

Cette solution au point de vue pratique présente l'avantage de supprimer tout contrat de mariage et toutes les tractations qui se font à cette occasion et qui causent l'échec de bien des mariages.

Reste à rechercher quelle sera le meilleur régime à adopter ; cette étude fera l'objet du chapitre suivant.

CHAPITRE II

DU RÉGIME LÉGAL A ADOPTER COMME RÉGIME UNIQUE.

La question du régime légal à adopter n'est certes pas nouvelle, et elle a déjà donné naissance à de vives controverses. Quant à nous, elle se pose à raison des conclusions auxquelles nous sommes arrivés au sujet de la liberté des conventions matrimoniales.

Cette question, telle qu'on l'envisage à l'ordinaire, tend uniquement à déterminer le meilleur régime des biens des époux qui n'ont pas fait de contrat de mariage. Pour nous, son importance est plus considérable et sa portée plus large, car elle ne concerne pas seulement les époux qui n'ont pas fait de contrat, mais tous les gens mariés. Cette différence d'ailleurs n'est pas essentielle, puisqu'elle ne porte que sur le nombre des personnes soumises au régime légal ; ce nombre est actuellement considérable, car il comprend les cinq septièmes des gens mariés. Mais la question se pose sensiblement dans les mêmes termes : c'est celle de savoir quel est le meilleur régime légal, celui qui correspond le mieux aux besoins et aux tendances de notre époque.

Rappelons brièvement les diverses phases par lesquelles la question du choix du régime légal a passé depuis le Code civil.

Le régime légal organisé par le Code civil n'est plus, depuis longtemps déjà, en harmonie avec les aspirations et les conditions économiques actuelles. C'est la conséquence des modifications qui se sont produites depuis le Code dans la composition des patrimoines, et en particulier du développement extraordinaire des valeurs mobilières. Il en est résulté une rupture complète de l'équilibre établi par les rédacteurs du Code civil dans la composition active et passive de la communauté et la disparition en fait, de certaines garanties qui devaient protéger la femme.

Tant que le régime légal ne fut en désaccord qu'avec les conditions économiques nouvelles, on n'était pas éloigné de tomber d'accord pour admettre qu'il suffirait, afin de donner satisfaction aux divers intérêts en présence, de substituer au régime de communauté légale une communauté réduite aux acquêts. Celle-ci aurait permis de ne rendre communs que les biens acquis au cours du mariage et provenant des économies ou de l'industrie des époux, et de réserver propres les biens qui appartenaient aux époux le jour de leur union ou qui leur seraient advenus depuis à certain titre. En somme, la composition de la communauté aurait alors surtout dépendu non plus de la nature des biens, comme l'avaient voulu les rédacteurs du Code civil, mais de la façon et du moment où ceux-ci auraient été acquis.

On remarque que la communauté constituait encore la situation normale des biens des époux pendant le mariage,

et surtout que rien n'était changé dans leurs rapports personnels et dans leur état, on limitait seulement cette communauté quant au temps en restreignant son champ d'application dans la mesure où paraissaient l'exiger les conditions économiques nouvelles. Toutefois, c'était encore la communauté avec son cortège d'incapacités pour la femme et de droits très étendus pour le mari. Cette façon de voir s'appuyait aussi sur ce fait remarquable mis en évidence par la statistique, que dans la majorité des cas où les époux rédigeaient un contrat, ils choisissaient la communauté réduite aux acquêts. Il semblait donc tout naturel d'imposer ce régime aux personnes qui se mariaient sans contrat.

Nombreux étaient les auteurs d'accord sur ce point, mais l'unanimité n'était pas faite, car la séparation de biens avait également des partisans. Ce régime permettait de remédier aux inconvénients de nature économique de la communauté légale dans des conditions aussi satisfaisantes que permettait de le faire la communauté réduite aux acquêts, et de plus il avait une portée beaucoup plus considérable. Il supprimait toute communauté entre époux, toute société de biens, et restreignait considérablement les intérêts communs. La séparation de biens eût alors innové profondément en faisant d'une situation jusque-là exceptionnelle et correspondant par suite à des cas particuliers, la situation normale et de droit commun. Elle aurait surtout, au moment où nous nous plaçons, introduit des innovations qui ne correspondaient à aucun besoin. Pour remé-

dier aux inconvénients d'ordre économique que nous venons de signaler, elle aurait apporté des modifications essentielles, non seulement dans le régime matrimonial des époux, mais aussi dans leurs rapports personnels, ce que n'exigeaient nullement les nécessités économiques. Peut-être eût-elle alors dépassé considérablement le but en changeant les conditions de la capacité réciproque des époux par une extension notable de celle de la femme et une restriction correspondante des pouvoirs du mari.

Aussi, cette proposition qui tendait à faire de la séparation le régime légal des biens des époux, n'apparut que comme l'expression de préférences personnelles. Elle répondait sans doute, dans l'esprit de ses auteurs, à des préoccupations féministes, ou encore elle était inspirée par des études de droit comparé dont on se croyait autorisé à tirer des conclusions ne tenant pas, à notre sens, un compte suffisant des différences de milieu, de mœurs et de traditions. Elle reflétait aussi, dans une certaine mesure, les premières manifestations d'une évolution dont les tendances s'affirmèrent nettement par la suite et s'imposèrent à l'attention du législateur.

Quoi qu'il en soit, tandis que l'on continuait à discuter sur les mérites réciproques de la communauté réduite aux acquêts et de la séparation de biens comme régime légal, et avant même que les échos de ces discussions fussent parvenus jusqu'aux oreilles du législateur, la question avait changé de face sous l'influence des tendances nouvelles auxquelles nous venons de faire allusion.

Cette évolution a abouti à une conception nouvelle du mariage au point de vue de sa durée, de la force du lien qui unit les époux, de leur situation réciproque, et en particulier de la situation et de la capacité de la femme et des pouvoirs du mari.

Nous avons déjà vu l'étroite relation qui existe entre le régime des biens et celui des personnes. Aussi n'est-il pas étonnant qu'une telle évolution concernant l'état et la capacité des personnes ait eu une répercussion si profonde sur le régime de leurs biens, et il serait inconcevable qu'il en fût autrement. Le régime des personnes et celui des biens réagissent profondément l'un sur l'autre, et nous n'en voulons pour toute preuve que les modifications profondes que nous avons vu se produire dans la capacité de la femme par suite de l'adoption de tel régime matrimonial plutôt que de tel autre.

L'évolution dont nous venons de parler a ajouté à des raisons d'ordre économique d'autres raisons d'un ordre plus élevé concernant la situation morale de la femme, et ce dans le but de la substitution d'un régime légal matrimonial nouveau à celui qui existe. Elle a eu pour résultat de rendre cette réforme plus pressante et, peut-on dire, inévitable. Elle a également produit un autre résultat.

Dans les débuts, tandis que les motifs de changement de régime matrimonial résidaient dans la seule évolution économique, il ne s'agissait que d'accommoder le régime des biens avec les circonstances économiques nouvelles, et le régime de communauté réduite aux acquêts parais-

sait susceptible de fournir le résultat désiré. Plus tard, à la suite de l'évolution qui se produisit dans la conception du mariage et qui modifia la situation réciproque des époux, la première question passa au second plan ; ce n'est plus qu'accessoirement qu'on se proposa de réformer le régime des biens des époux, ou plutôt cette réforme fut dominée par des considérations tout autres. Il s'agissait moins de mettre d'accord le régime de leurs biens avec les conditions économiques nouvelles que de le faire cadrer avec les rapports personnels nouveaux qui se sont créés entre eux. C'était bien plus une question de capacité des époux, et en particulier de la femme, qu'une question de patrimoine. Dans ces conditions, pour choisir le régime légal à adopter, nous devons surtout tenir compte de ces éléments nouveaux, en essayant de donner satisfaction à ces aspirations. Voilà une première indication.

Ajoutons que du moment où il ne s'agit plus essentiellement d'une question de patrimoine, mais bien de capacité réciproque des époux, il ne nous paraît plus possible d'abandonner à la libre convention des parties toutes les stipulations susceptibles d'influer sur leur capacité. Il n'est pas de raison de permettre de réaliser d'une manière indirecte ce qu'il est interdit d'établir ouvertement. Or, il n'est pas contestable que les conventions relatives aux régimes matrimoniaux aboutissent toutes à une diminution de capacité pour la femme. Tout au plus, cherche-t-on à atténuer la portée de cette diminution dans le cas du régime dotal, en disant qu'il y a alors non pas incapacité

personnelle, mais plutôt incapacité réelle. Ce n'est là qu'une question de mots. Y a-t-il autant de différence qu'on pourrait le croire entre la capacité personnelle et la capacité réelle, la première désignant l'aptitude de la femme à faire des actes valables, la seconde s'appliquant à ces mêmes actes considérés seulement au point de vue de leur exécution sur les biens de la femme ? En tous cas, n'y a-t-il pas *incapacité* dans un cas comme dans l'autre, c'est-à-dire diminution d'une qualité attachée à la personne, celle de pouvoir engager ses biens ? Les actes d'une personne qui n'engagent qu'une partie de son patrimoine ne sont-ils pas ceux d'un incapable, si la règle est celle de l'article 2092, à savoir qu'une personne en s'obligeant oblige son patrimoine.

La manière de voir que nous combattons est si généralement admise que peut-être aurions-nous hésité à développer ces arguments si un auteur considérable. M. Planiol, n'avait écrit les lignes suivantes : « Faut-il considérer l'inaliénabilité dotale comme une pure *indisponibilité réelle* ou bien comme une *aggravation de l'incapacité de la femme mariée* ? Est-ce le bien en lui-même qui est retiré du commerce ? Ou bien est-ce la femme dotale qui est déclarée incapable d'en disposer sans que l'autorisation de son mari ni celle de la justice puisse la relever de cette incapacité ? La question est oiseuse, car l'indisponibilité d'un bien ne peut jamais s'expliquer que par l'interdiction faite à son propriétaire de l'aliéner, c'est une *incapacité frappant une personne*. Dire : « Le bien dotal ne peut pas

être aliéné », c'est dire que son propriétaire a perdu le droit d'en disposer ; cela ne peut pas signifier autre chose, et ceux qui croient y voir une autre idée sont dupes d'une simple transposition de mots dans la phrase : seules les *personnes* peuvent ou ne peuvent pas agir : leurs biens sont toujours le sujet *passif* de leurs actes ; quand un *bien* ne peut pas être aliéné, c'est que son *propriétaire* ne peut pas en disposer (1). »

Mais alors, les partisans de l'incapacité contractuelle étaient dans le vrai puisque c'est au moyen de la distinction que M. Planiol vient de montrer purement illusoire, que leur doctrine fut condamnée.

En tout état de cause, lors même que la liberté des conventions matrimoniales n'aurait pas de conséquences aussi redoutables que la dotalité, elle aboutit encore à créer pour la femme une situation de moins en moins acceptable à raison de l'évolution dont nous venons de parler.

Dans le chapitre suivant, nous allons préciser les causes et le caractère de cette évolution qui conduit à substituer un régime nouveau au régime légal du Code. Nous aurons par là tous les éléments nécessaires pour solutionner notre question, et nous pourrons choisir en connaissance de cause le régime légal obligatoire le meilleur.

(1) Planiol, *Traité*, t. III, n° 1524.

CHAPITRE III

DE L'ÉVOLUTION DE LA CONCEPTION DU MARIAGE.

SES CAUSES ET SES TENDANCES.

Le Code s'était efforcé de concilier les tendances antérieures avec les aspirations nouvelles qui s'étaient fait jour depuis la Révolution et la fin de l'ancien régime. Il s'était préoccupé de mettre ses prescriptions en harmonie avec les mœurs, et bien que l'organisation qu'il donna à la famille se soit maintenue, il n'en portait pas moins le germe de l'évolution qui suivit. Le législateur, en effet, n'avait pu ne pas admettre le principe de l'extension des prérogatives de l'individu à l'encontre de la famille, et « son œuvre ne pouvait manquer de comporter des retouches au fur et à mesure que les mœurs favoriseraient davantage les tendances individualistes ; c'est ce qui s'est produit » (1).

Ce sont les causes et les manifestations de ces tendances que nous essayerons d'indiquer au cours de ce chapitre, car cette étude doit nous fournir des renseignements précieux sur le choix du meilleur régime matrimonial.

Parmi les facteurs qui tendent au développement des

(1) Marcel Rouquet, *Evolution du droit de famille vers l'individualisme*.

droits individuels de la famille, mentionnons tout d'abord les *tendances égalitaires* issues des théories philosophiques du XVIII^e siècle. Sous l'influence de ces idées, la cohésion de la famille a été sans cesse attaquée et a donné lieu aux critiques les plus vives. De là sont nées les formules aujourd'hui banales, telles que : « le droit des enfants », « le droit de la femme », et même « le droit au bonheur » ; ce dernier droit dont on nous a si largement rassasié, surtout au théâtre, est entendu en ce sens que chacun doit pouvoir échapper aux devoirs du groupement familial ; chaque membre paraît à l'heure actuelle convaincu qu'il a des prérogatives naturelles que ne respecte plus suffisamment la famille et qui se dressent en quelque sorte en opposition avec celle-ci.

Ces théories sont d'ailleurs encouragées par un phénomène d'une portée plus générale dont les effets se manifestent dans toutes les branches de l'organisme social : c'est la tendance de tous les individus à se soustraire à toute discipline et à toute hiérarchie. Comment des idées semblables ne porteraient-elles pas atteinte à la famille, elle qui constitue par excellence le groupement autocratique et hiérarchique dans lequel chaque membre doit avoir une situation subordonnée à celle du père de famille. Les membres de la famille qui ont, dans d'autres domaines, celui de la politique en particulier, une indépendance complète, qui peuvent chaque jour mettre en discussion les organes les plus importants de l'Etat, acceptent difficilement la discipline inhérente à la famille, et l'organisation de cette dernière est naturellement l'objet de leurs critiques.

Un autre facteur a également ébranlé d'une façon décisive le sentiment de la hiérarchie ; nous voulons parler de l'*organisation économique* actuelle. La grande industrie avec l'accumulation de la population dans les villes au détriment des campagnes, le déplacement fréquent de l'individu en vue de son travail, la disparition du petit et du moyen producteur indépendant et propriétaire de son outil, sont autant de causes qui ont eu leur répercussion sur l'organisation de la famille et ont modifié profondément la conception de celle-ci. Le groupe familial s'est trouvé désagrégé et ne présente plus comme autrefois « l'aspect d'une petite société, unie, compacte, sédentaire », se suffisant à elle-même dans une certaine mesure ; « chacun de ses membres, par suite des nécessités du jour, a besoin de la plus entière indépendance ; il est naturel que cette indépendance de la vie sociale ait son correspondant dans la vie juridique. » (1).

Citons aussi le *sentimentalisme* qu'il est malaisé de définir ; mais, faute de définition, nous essayerons de faire comprendre ce que nous entendons par là, en disant que c'est du sentimentalisme que procède, dans un autre ordre d'idées, le pacifisme, et qu'en ce qui concerne l'enfant naturel, il se traduit par cette remarque courante que l'enfant naturel n'est pas responsable de son état et doit par conséquent être traité comme enfant légitime.

Tarde attribue l'éclosion et le développement de cette

(1) Marcel Rouquet, *op. cit.*, p. 27.

situation à la culture de l'esprit poussée à un certain degré et qui a pour effet direct d'étendre et de creuser le champ des impressionnabilités douloureuses et sympathiques, donc des affections généreuses.

« A la ville et aux champs, dit Paul Bureau, les membres de la famille ouvrière commencent à ne plus être considérés comme de simples machines à produire la richesse, et ils s'élèvent insensiblement à une condition plus conforme à la dignité humaine. La femme trouve plus de respect de sa personne et de ses intérêts, le mari n'est plus autorisé à la considérer comme une inférieure ou une servante, exposée parfois aux brutalités les plus odieuses et soumise toujours à une domination qui, pour être souvent protectrice, n'en est pas moins humiliante. Le droit de l'enfant au développement normal de ses énergies physiques et de ses facultés intellectuelles et morales est mieux défendu et contre la misère qui étiole la santé et anémie le corps, et contre les parents qui oublient parfois que la puissance paternelle est une charge et non pas une prérogative derrière laquelle se peuvent embusquer l'apathie et l'égoïsme (1). »

Mentionnons encore le *socialisme* dont les théories essentiellement égalitaires, tendent à garantir à l'individu la liberté la plus large, et ont amené à proposer de limiter les pouvoirs du groupe familial pour étendre ceux de ses membres.

(1) Paul Bureau, *La crise morale des temps nouveaux*, 1908, p. 2.

De telles propositions cadrent d'ailleurs avec la tendance générale des partisans de cette doctrine, car en cherchant à *réformer* ainsi la famille ils attaquent l'une des institutions fondamentales de la société actuelle.

Ces divers facteurs, qui sont à la base de l'évolution des idées relatives à la famille et qui ont conduit à une conception nouvelle de celle-ci, aurait été loin d'avoir l'action qu'ils ont eue s'ils n'avaient été favorisés par les progrès intellectuels des membres de la société en général et en particulier de l'un des plus intéressés, la femme. Il en est résulté un mouvement littéraire considérable.

« Tandis que les filles, dit M. Marcel Rouquet, ne recevaient qu'un vernis brillant et peu profond, que l'instruction était à peine répandue dans les milieux populaires, une véritable émulation s'est établie de nos jours, entre les sexes, de même qu'entre les différentes classes sociales. La femme s'est élevée par l'étude au niveau de l'homme, et le nombre toujours croissant des gens instruits marque un progrès qui constitue encore un facteur de l'émancipation individuelle. Grâce à l'école, à la conférence, à la presse, ceux des membres de la famille qui n'avaient joué jusqu'ici qu'un rôle passif au foyer, ont pris conscience de leurs droits et aspirent à en avoir la jouissance. De là, les revendications qui se produisent, notamment dans le camp féministe (1). »

(1) Marcel Rouquet, *Evolution du droit de famille vers l'individualisme*, p. 34.

Les romans, les théâtres, les journaux, les revues et certains traités doctrinaux ont vulgarisé la question et l'ont traitée dans le sens que nous venons d'indiquer (1).

De toutes parts on constate le progrès de cet individualisme.

L'état de l'opinion étant tel en ce qui concerne l'union des personnes, la situation des biens des époux ne pouvait manquer de s'en ressentir. Mais à ce dernier point de vue, l'œuvre législative est encore fort peu avancée. Il est pourtant deux lois d'une importance capitale et dont nous devons parler avant d'aborder la question du meilleur régime légal à adopter.

(1) Cf. Avigdor, *Examen critique des tendances modernes dans le mariage et vers l'union libre*. Thèse, Paris, 1909, p. 239 et suiv.

CHAPITRE IV

LES PRÉCÉDENTS LÉGISLATIFS DE LA SUPPRESSION DE LA LIBERTÉ DES CONVENTIONS MATRIMONIALES.

Nous avons vu que le principe de liberté des conventions matrimoniales est de formation relativement récente, puisque, inconnu dans l'ancien droit, il n'est apparu que vers le xvi^e siècle.

Or il semble que ce principe soit actuellement à son déclin, et en effet les tendances dont nous venons de parler ont déjà reçu un commencement de réalisation légale en ce qui concerne le régime des biens des époux dans les lois du 9 avril 1881 et du 13 juillet 1907.

La loi du 9 avril 1881 est intervenue à une date où les tendances examinées plus haut étaient loin d'avoir pris l'importance qu'elles ont acquis depuis ; aussi convient-il de remarquer que les auteurs de ces dispositions, en permettant aux femmes mariées de se faire délivrer un livret de caisse d'épargne, d'opérer des dépôts et même des retraits de fonds sans l'autorisation de leur mari, n'avaient nullement l'intention de porter atteinte à la situation faite par le Code à la femme mariée. Ils ont en effet formellement déclaré que la femme, en effectuant ces dépôts avec l'argent de la communauté, agissait non point en son

nom propre, mais comme mandataire de son mari en vertu d'un mandat tacite (1). Ils pensèrent ainsi avoir pris toutes les précautions nécessaires pour qu'il ne fût porté aucune atteinte à la législation en vigueur. Une personne incapable peut en effet être valablement constituée mandataire, et la femme n'en restait pas moins en état d'incapacité.

Le législateur, préoccupé surtout de faciliter et d'étendre le champ des opérations des caisses d'épargne, ne se rendit pas compte de la situation nouvelle qu'il créait.

Les dispositions de la loi de 1881 s'analysent en effet en une suppression totale et sans recours pour le mari, de l'autorisation maritale quand il s'agit d'un *dépôt* à faire par la femme à la caisse d'épargne, et en une suppression, mais *non définitive*, en ce qui concerne *les retraits*.

Dans le premier cas la femme est affranchie de toute autorisation, et le mari n'est pas admis à intervenir autrement que par une protestation purement platonique d'ailleurs.

En ce cas, le mari est dépouillé du droit de veto.

Quant aux retraits de fonds, la femme peut de même les effectuer sans l'autorisation de son mari, mais la loi réserve à ce dernier le droit de s'y opposer.

Il importe d'ailleurs de souligner toute la différence qu'il y a entre la nécessité d'une autorisation et la possibilité d'une opposition.

(1) Cf. Planiol, Les caisses d'épargne et le régime de communauté, *Revue critique*, t. XI (Nouv. série), 1882, p. 42 et suiv. ; *Traité*, t. I^{er}, p. 348.

Aussi ne faut-il pas s'étonner qu'en fait les oppositions ont été très rares : en douze ans on n'en compte que 385, soit en moyenne une opposition pour 1.313 livrets appartenant à des femmes mariées. La proportion est encore plus faible si l'on tient compte des livrets dont le règlement n'a point été demandé (1). Sans doute, on s'accorde à le constater, les pratiques de l'administration ont dénaturé la loi dans son application, et on est arrivé en fait à ne reconnaître d'autre créancier que le titulaire du livret. Il y a là, nous semble-t-il, une conséquence de la relation étroite qui existe entre la capacité de la personne et ses droits sur ses biens. Si depuis cette loi les dépôts faits par les femmes mariées se sont développés dans une mesure si large avec les caractères d'une institution indépendante des règles traditionnelles, c'est qu'un tel développement était dans la logique de la situation créée par le législateur. Celui-ci, nous venons de le voir, a déclaré la femme capable de faire des dépôts et des retraits à la caisse d'épargne sans autorisation. C'est uniquement pour paraître ne pas faire une brèche à l'incapacité de la femme mariée et maintenir les principes de notre législation matrimoniale, qu'il a réservé au mari le droit d'opposition, mais en cas de retrait seulement.

La réalité, les nécessités de la vie courante ne sauraient s'accommoder de ces subtilités par trop théoriques. Elles en eurent vite raison : le droit reconnu à la femme s'est

(1) Aftalion, *La femme mariée, ses droits et ses intérêts pécuniaires*. Thèse Paris, 1899.

exercé librement, tandis que la restriction qui n'avait qu'une raison d'être théorique est restée inappliquée.

Quoi qu'il en soit, cette loi a restreint la liberté des conventions matrimoniales, et a établi pour les biens confiés aux caisses d'épargne un régime spécial *indépendant du régime matrimonial* des époux. Ce régime spécial s'inspire des règles de la séparation de biens.

Vingt-cinq ans plus tard, le législateur fit la loi du 13 juillet 1907 qui procède d'une inspiration tout autre : la loi de 1881 voulait surtout favoriser l'épargne ; la loi de 1907 a été, au contraire, l'une des manifestations du mouvement étudié au chapitre précédent. Nous allons essayer d'en dégager les points essentiels, utiles à notre thèse.

Et tout d'abord il nous paraît qu'on n'a pas suffisamment fait ressortir une de ses principales dispositions, nous voulons parler de l'interdiction contenue dans l'article 1^{er} de déroger à ses prescriptions : « Sous tous les régimes, et à peine de nullité de toute clause contraire portée au contrat de mariage », c'est-à-dire que depuis cette loi il est toute une catégorie de biens, les biens dit réservés, pour lesquels le principe de liberté des conventions matrimoniales a été aboli. Ces biens ne sont plus déterminés par l'acte auquel ils ont donné lieu, comme dans la loi de 1881, mais par leur provenance. Pour qu'ils échappent aux conventions matrimoniales et soient soumis au régime légal obligatoire — le même dans les deux lois —

il faut qu'ils aient pour origine « le travail personnel de la femme » et « les économies en provenant ».

Nous croyons devoir faire remarquer que dans les deux cas il n'y a pas une nouvelle *dérogation* au principe de liberté des conventions matrimoniales, susceptible d'être classée, comme nous paraît le faire à tort M. Planiol, dans les prohibitions prévues par l'article 1398 *in fine*. Il y a, à notre avis, pour les deux catégories de biens — celle de la loi de 1881 et celle de la loi de 1907 — abrogation du principe de liberté. Nous en trouvons une preuve certaine dans le fait que le législateur, dans les deux cas, a établi un régime auquel seront *obligatoirement* soumis les biens dont la situation ne peut désormais être réglée par la convention des parties.

Ce point mis en lumière, nous remarquerons pour fixer l'étendue de l'abrogation du principe de liberté, que la loi profite à toutes les femmes, quelle que soit leur profession, mais ne s'applique pas aux gains provenant du travail commun des deux époux. La loi régit d'ailleurs non seulement le produit du travail de la femme, mais encore les économies réalisées et les biens acquis par elle avec ces économies.

Le législateur ayant ainsi supprimé le droit des époux *de choisir le régime des biens réservés*, devait déterminer la situation de ces biens pendant le mariage. Il a commencé par déclarer que la femme avait sur ces biens « les mêmes droits d'administration que l'article 1449 donnait à la femme séparée de biens » ; il lui a conféré en outre le droit d'en

faire emploi en acquisitions de biens meubles ou immeubles, de les aliéner à titre onéreux, de les engager et de les hypothéquer sans autorisation du mari ou de justice. Il suffit, pour la validité de ces actes, que la femme justifie par un acte de notoriété ou par tout autre moyen mentionné dans la convention, qu'elle exerce personnellement une profession distincte de celle de son mari.

L'article 6 confère à la femme le droit d'ester en justice seule et sans autorisation, pour toutes les contestations relatives à ces biens et aux actes qu'elle a désormais le droit de faire. Non seulement la femme peut administrer et aliéner, mais encore l'article 3 lui confère le droit de s'obliger sur ces biens qui peuvent, en effet, être saisis par ses créanciers. « Cette disposition est très remarquable, dit M. Planiol (1), et modifie gravement la situation des femmes mariées qui exercent une profession lucrative, car sur les biens provenant de leur travail, leur capacité est entière : *aucune limite n'est apportée à leur faculté de s'obliger*. Ainsi, une dette quelconque, contractée par la femme sans autorisation du mari ou de justice, pourra amener la saisie d'un bien réservé, qui est un bien de communauté. »

Par contre le mari n'est pas tenu, la loi le dit expressément, ni sur ses biens propres, ni sur ceux de la communauté des obligations contractées par la femme sans son autorisation. Il n'est fait exception à cette règle que dans le cas où la femme a agi dans l'intérêt du ménage. En sens

(1) Planiol, *op. cit.*, t. III, p. 143.

inverse, les créanciers qui ont traité avec le mari ne pourront saisir les biens réservés qu'à la condition de prouver que le mari s'est obligé dans l'intérêt du ménage.

La question se pose de savoir si ces termes : « l'intérêt du ménage » devront être interprétés de la même manière dans les deux cas. M. Planiol estime qu'à moins de « bouleverser entièrement notre régime de communauté et d'attribuer à toute femme mariée un pouvoir presque égal à celui du mari sur les biens communs, cette expression doit être étendue, en ce qui concerne la femme, comme se référant « au *mandat tacite* reconnu au profit de celle-ci par la tradition du droit français ». Mais la même expression, quand elle s'applique à un acte du mari, devrait être entendue de la manière la plus large pour permettre au mari de faire valablement toutes les dépenses, quelle que soit leur importance, exigées par l'intérêt commun. Nous remarquerons les deux points suivants :

I. — Les biens réservés sont l'antithèse même des biens dotaux. Sur ces derniers, le principe de liberté permet d'aggraver l'incapacité de la femme mariée et de la mettre dans l'impossibilité d'aliéner ; sur les biens réservés, au contraire, la femme a des droits plus étendus que de droit commun, et il est interdit de modifier sa capacité à cet égard.

Grâce au principe de liberté des conventions matrimoniales, il est permis à la femme de diminuer sa capacité de droit commun, mais quel que soit le régime adopté, les biens provenant de son travail jouiront d'un régime

de faveur, et la femme bénéficiera à leur égard d'une capacité très étendue et qu'il n'est pas possible de restreindre.

II. — Les conditions dans lesquelles cette capacité lui est reconnue, ne sont pas sans rappeler l'institution des pécules sous l'influence de laquelle se sont développées à Rome la capacité du fils de famille et même celle de l'esclave. Nous pensons que l'institution des biens réservés, qui présente avec celle des pécules la plus grande analogie, ne saurait manquer d'avoir au point de vue du développement de la capacité de droit, et surtout de fait de la femme, des résultats analogues, également bienfaisants. Reste à rechercher maintenant le meilleur régime légal à adopter.

CHAPITRE V

CHOIX DU RÉGIME LÉGAL UNIQUE A ADOPTER.

Nous n'avons pas l'intention d'étudier ici quel est, parmi les divers régimes usités, le meilleur. Cette question ne sera examinée par nous qu'en fonction et comme complément des développements qui précèdent.

Nous avons d'abord essayé d'établir que le principe de liberté des conventions matrimoniales devait être repoussé. Nous avons ensuite montré, en ce qui concerne l'union des personnes et le régime des biens, les tendances de l'opinion et celles du législateur. C'est maintenant la conclusion de ces constatations par rapport au régime matrimonial légal à adopter, que nous allons essayer de déduire.

Les régimes qui s'offrent à notre choix sont, d'une part le régime de communauté et le régime dotal, et d'autre part le régime de séparation avec des pouvoirs plus ou moins étendus pour la femme. S'il est vrai, comme on l'a dit, que « le droit ne peut être le simple produit d'un principe unique, si large et si compréhensif qu'on le fasse », nous devons tenir le plus grand compte des constatations qui précèdent. En effet : « Le droit est sous le point de vue qui lui est propre, l'expression d'une réalité puissante qui n'est autre que la vie, et les facteurs de sa for-

mation et de son développement sont ceux-là mêmes qui déterminent l'évolution de la vie sociale tout entière. Il est conditionné par tout le milieu physique et social dans lequel il se produit, qui en même temps qu'il lui impose par les éléments fixes qu'il contient certaines directions nécessaires, provoque par ses modifications et ses transformations successives, son évolution progressive » (1).

Cela étant, il importe moins de savoir quel est le régime qui correspond le mieux à la conception antérieure et traditionnelle du mariage, que de déterminer celui qui cadre le mieux avec la conception actuelle. Celle-ci est tout imprégnée de l'idée de l'indépendance réciproque des époux, autant qu'elle se peut concilier avec l'état de mariage, aussi bien en ce qui concerne les personnes que pour les biens. C'est là un point essentiel, qu'on néglige parfois trop dans l'étude de cette question. On tend en effet à substituer à cette conception, qui se manifeste de la façon la moins contestable, une manière de voir trop inspirée par la tradition : *erunt duo in carne unâ*. Cette conception devient de moins en moins réalisable, car elle nécessite la subordination de l'un des époux à l'autre, alors que les tendances actuelles vont vers une indépendance toujours plus grande.

Dans ces conditions, toutes les considérations mises en avant par les partisans des régimes de communauté ne sauraient prévaloir contre le fait que nous venons de dégager.

(1) Tanon, *L'évolution du droit et la conscience sociale* ².

Nous ne citerons que pour mémoire le régime dotal à l'égard duquel la question ne se pose même pas, et dont la critique n'est plus à faire.

En effet, le régime dotal a sa raison d'être dans l'incapacité de la femme, alors que la question du régime légal se confond avec la capacité de celle-ci ; on ne saurait même envisager la possibilité d'adopter le régime dotal comme régime légal, et il n'est d'ailleurs pas à notre connaissance que pareille proposition ait jamais été faite.

Restent donc seuls en présence, les régimes de communauté et celui de séparation de biens.

Nous n'examinerons pas si la communauté légale peut être conservée comme le régime unique que nous recherchons, puisque c'est précisément à cause de ses imperfections que la question s'est posée. Ce régime ne répond plus aux réalités économiques ni aux tendances actuelles relatives à la capacité et à l'indépendance de la femme.

Quant à la communauté réduite aux acquêts, elle se présente comme une communauté amendée et débarrassée de ses lacunes les plus choquantes, notamment en ce qui concerne la distinction si justement critiquée des meubles et des immeubles. Notons surtout que ce régime, qui dans ses applications tend à maintenir distincts les patrimoines des époux, marque une évolution très nette orientée dans le sens de l'abandon progressif des divers éléments de la communauté telle que l'avait organisée la coutume. Ce fut d'abord la liberté des conventions matrimoniales qui permit d'apporter des dérogations de plus en plus grandes ;

ce fut aussi l'admission de la théorie des récompenses tendant à reconstituer les patrimoines des époux et à corriger tous gains ou pertes faits au profit ou aux dépens de la communauté ; cette théorie visait donc à rétablir les patrimoines des époux dans l'état où les aurait effectivement maintenus la séparation si elle avait été adoptée.

Ce fut enfin le Code qui en restreignit encore l'étendue, ainsi que les lois de 1881 et de 1907 qui l'ont complètement écartée, la première de ces deux lois pour certains actes quels que soient les biens qui en fassent l'objet, la seconde pour certains biens quels que soient les actes accomplis à leur occasion.

L'admission même du régime de communauté réduite aux acquêts comme régime légal, serait encore un nouveau pas fait dans cette voie, puisqu'il soustrait au régime de communauté tous les biens propres des époux.

Nous ne sommes toutefois pas partisans de ce régime auquel nous adressons deux critiques essentielles.

A. — S'il présente en effet l'avantage de maintenir distincts les patrimoines des époux, il n'en comporte pas moins une masse commune composée des gains ou des économies faits au cours du mariage par le mari ou par la femme, indistinctement d'ailleurs. Cette masse commune, nous n'en apercevons ni la justification ni la raison d'être ; sa constitution est livrée au hasard, puisque ce sera tantôt le mari, tantôt la femme qui, suivant leurs aptitudes, l'édifieront ; et pourtant celui des deux époux qui n'aura en rien participé à sa formation n'en bénéficiera pas moins !

et à la dissolution du mariage il appréhendera la moitié de la communauté et profitera de toute l'existence de la-beur de son conjoint, même s'il ne l'a aidé en rien, même encore s'il a eu à son égard les torts les plus graves ! C'est là quelque chose d'inadmissible, d'incompréhensible en quelque sorte, et qui ne s'explique que comme une survi-vance du passé : par la communauté aux acquêts on limita considérablement la communauté qui avait cessé de ré-pondre à des besoins et à un état d'âme déterminés, on n'osa pas le détruire entièrement.

Le caractère de communauté, inconciliable avec les ten-dances modernes, constitue à nos yeux le défaut capital de ce régime dont il reste malgré tout la caractéristique.

B. — Le régime de la communauté aux acquêts est en outre basé sur l'incapacité de la femme. Le mari a tous les pouvoirs et sans son autorisation la femme ne peut rien : elle est pour ainsi dire sans existence juridique.

Ceci est encore en opposition flagrante avec le mouve-ment d'opinion qui se produit actuellement en faveur de la femme et qui tend à donner à celle-ci en toute matière une capacité toujours plus grande et à en faire l'égale de l'homme.

La notion actuelle du mariage n'est plus la notion tra-ditionnelle ; cette dernière tend à disparaître ; les idées et les mœurs y répugnent de plus en plus.

Quoique époux, mari et femme prétendent conserver l'un vis-à-vis de l'autre une indépendance aussi grande que le comporte le mariage et qui respecte la situation de chacun d'eux.

Nous n'insisterons pas sur d'autres inconvénients secondaires que présente le régime de communauté aux acquêts, tels que la complexité des rapports des patrimoines des époux avec la masse commune, et la nécessité d'un partage parfois très onéreux à la dissolution de la communauté.

Il nous suffit, pour rejeter ce régime, de considérer que les principes qui en sont la base sont en désaccord avec la conception actuelle du mariage.

Il reste, en dernier lieu, à examiner le régime de séparation de biens.

C'est à lui, disons le de suite, que vont toutes nos préférences.

Le régime dotal nous a paru la survivance desuète d'un passé suranné, et nous n'avons pu admettre le régime de la communauté, même réduite aux acquêts, à raison précisément de la communauté elle-même.

Au contraire, le régime de la séparation de biens, clair et logique par excellence, nous satisfait pleinement. Il supprime toute complexité ; chacun des époux gère ses biens et demeure propriétaire de ceux qu'il acquiert à quelque titre que ce soit pendant le mariage ; ceci est parfaitement juste ; comme on ne crée pas de biens communs, il n'y a pas à s'occuper de savoir si la composition active et passive de la communauté est juste et équitable. Aucune difficulté pour trouver un administrateur, pour fixer l'étendue de ses pouvoirs, non plus que pour régler les conditions et les cas de partage. « C'est le plus simple

de tous, écrit M. Huc (1), car c'est lui qui modifie le moins les conditions antérieures au mariage », et le même auteur, après avoir signalé que ce régime maintient les deux époux sur le même pied, ajoute : « Il correspond à la véritable nature du mariage, qui consiste non pas dans l'écrasement d'une individualité au profit d'une autre, mais dans le respect de deux individualités juridiquement égales. »

M. Planiol qui, dans ses précédentes éditions, s'était déclaré en faveur du régime de communauté réduite aux acquêts, s'exprime ainsi dans l'édition la plus récente (2) : « ...La loi du 13 juillet 1907 qui a rompu l'équilibre au profit de la femme, rend désirable l'établissement de la séparation de biens comme régime légal. » Et en appréciant cette loi, le même auteur dit (3) : « en rompant l'équilibre au détriment du mari, la loi du 13 juillet 1907 a rendu *inutile et même dangereuse* l'adoption du régime de communauté toutes les fois que la femme gagne de l'argent. »

Mais alors, s'il en est ainsi, la question se trouve tranchée ; en effet, la loi de 1907 n'a-t-elle pas tout à la fois : supprimé, en ce qui concerne les gains de la femme, la liberté de conventions matrimoniales, imposé un régime obligatoire et fait disparaître complètement l'incapacité de la femme mariée ?

Aussi en réclamant du législateur l'adoption du régime

(1) Huc, *Contrat de mariage*, t. 9, p. 477.

(2) Planiol, *op. cit.*, 5^e édit., t. III, p. 7, note 1.

(3) Planiol, *ibid.*, n° 911.

de séparation de biens comme régime unique, nous ne faisons nullement œuvre de révolutionnaire comme beaucoup seraient de prime abord tentés de le croire; nous nous bornons seulement à demander qu'une réforme déjà partiellement admise soit élargie et complétée suivant les règles de la pure logique.

CONCLUSION

Nous avons constaté qu'au point de départ, en droit romain et en droit français, la liberté des conventions matrimoniales n'existait pas : elle n'apparut qu'après le ^{xiii}^e siècle et se développa sous l'influence de causes particulières à notre droit, telles que la diversité des races et l'absence d'organes législatifs. Nous avons vu que la fusion des races n'étant pas suffisamment accomplie, fût la cause principale du maintien dans le Code civil du principe de liberté des conventions matrimoniales ; le législateur n'a pu restreindre autant qu'il aurait désiré le faire les applications de ce principe qui ne fut pourtant maintenu qu'avec des caractères tous différents et une portée bien moindre qu'au cours de la période précédente ; à part certaines règles spéciales aux donations, la liberté des conventions matrimoniales a été en effet réduite sous le Code aux seules stipulations portant sur la capacité de la femme.

Nous nous sommes efforcé de faire apparaître ce qu'avait d'étrange l'adoption d'un principe qui, sous prétexte de ne régir que les biens, avait les effets les plus graves sur la capacité des personnes ; celle-ci, de droit commun, est considérée comme étant d'ordre public et,

comme telle soustraite aux libres stipulations des parties, tandis que par l'adoption du principe de liberté des conventions matrimoniales, la capacité de la femme mariée est entièrement ou à peu près abandonnée à ces stipulations.

Bref, nous avons conclu à l'abandon du principe de liberté des conventions matrimoniales, et plutôt que de placer les biens des époux sous le droit commun, nous nous sommes prononcés pour l'adoption d'un régime matrimonial légal qui s'imposerait à tous les gens mariés. Dès lors il ne nous restait plus qu'à rechercher quel est le meilleur régime matrimonial, celui qui répond le mieux à la conception du mariage.

Ces tendances très nettes de l'opinion et du législateur lui-même nous ont amené à conclure, sans que l'hésitation fût même possible, en faveur du régime de séparation de biens comme régime matrimonial unique.

L'adoption du système que nous proposons nous a paru présenter, à des points de vue divers, des avantages considérables.

C'est tout d'abord la simplification de notre droit matrimonial, si compliqué et si diffus, avec la variété de régimes qu'il présente et la possibilité de les combiner, qu'il est resté parfaitement incompris de la grande généralité des personnes qui se marient. C'est le reproche très grave qu'on peut lui faire, car, s'il est un contrat dont, à raison de son importance et de sa durée, la connaissance approfondie devrait être usuelle et répandue dans toutes

les classes de la société, ce devrait être au premier chef celui de mariage ; or, quand on voit dans la pratique les raisons, il semble qu'on devrait plutôt dire l'absence de raisons, qui dans la plupart des cas déterminent le choix d'un régime matrimonial, quand on voit combien peu, après le mariage, les époux se rendent compte du fonctionnement du régime sous lequel ils sont mariés, on est pleinement édifié sur la valeur toute théorique du principe de la liberté des conventions matrimoniales et sur les résultats médiocres auxquels il aboutit. Nous faisons au contraire table rase du fouillis actuel en place duquel nous ne laissons subsister qu'un seul régime, celui qui est reconnu comme le meilleur et dont les règles peu nombreuses, précises et claires, s'imposeront très rapidement, dès qu'il sera plus répandu, à la compréhension de tout le monde. Et si, nous avons peine à le croire, ce régime de séparation de biens lésait certains intérêts particuliers pour lesquels un autre régime eût peut-être été préférable, nous avons conscience que dans la grande généralité des cas son adoption obligatoire aura invité bien des erreurs, suppléé à bien des ignorances et présenté en définitive un avantage certain.

En outre, sous le régime de la séparation de biens, la femme est relevée de l'incapacité qui dans les autres régimes rabaisse sa situation matérielle et morale, et la frappe comme une véritable déchéance. De plus en plus dans le domaine du droit la femme prétend devenir l'égale de l'homme, et ceci d'une façon irrésistible et certaine d'abou-

tir, nous constatons le fait sans le discuter ; c'est cette égalité que, dans le sujet qui nous occupe, nous réalisons en ce qui concerne la femme mariée.

Dans un ordre d'idées tout différent, d'autres avantages résultent du système que nous proposons.

C'est ainsi que l'adoption du régime de séparation de biens comme régime unique entraîne la suppression du contrat de mariage, et en même temps de toutes les tracasseries si regrettables qui l'accompagnent habituellement et font, plus souvent qu'on ne le pense, échouer le mariage lui-même. De même, à raison de l'absence de communauté, plus de liquidation de reprises après jugement de divorce ou de séparation de biens, et surtout plus de liquidation de communauté toujours très onéreuse et souvent si désavantageuses pour les parties. On nous permettra d'insister sur la simplification et l'économie considérables qui en résultent.

Il nous a paru que les avantages que nous venons de mentionner méritaient que l'on prenne en considération le système que nous proposons.

Vu :

Le Président,
A. COLIN.

Vu :

Le Doyen,
P. CAUWÈS.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
L. LIARD.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	4

PREMIÈRE PARTIE

DU PRINCIPE DE LIBERTÉ DES CONVENTIONS MATRIMONIALES

SECTION I

Son historique. Ses origines.

§ 1 ^{er} . — Le droit romain.	9
§ 2. — L'ancien droit.	17

SECTION II

Le principe de liberté des conventions matrimoniales dans le Code civil.

TITRE PREMIER. — Son adoption et sa réglementation.	33
CHAPITRE PREMIER. — Adoption du principe.	33
CHAPITRE II. — Comment le principe de liberté a été posé et réglé par le Code civil.	37
TITRE II. — Ses limites	43
CHAPITRE PREMIER. — Interdictions diverses.	43
CHAPITRE II. — Interdiction de déroger à la puissance mari- tale	51
§ 1 ^{er} . — Capacité normale de la femme mariée.	53
§ 2. — Incapacité d'administration et de jouissance	58
§ 3. — Dérogations au droit de disposer	66
§ 4. — Dérogations à la capacité de s'obliger	76

SECTION III

Critique du principe de liberté des conventions matrimoniales.

TITRE PREMIER. — Ses caractères véritables et son étendue dans le Code civil.	82
TITRE II. — Dangers de l'opinion commune qui fait du principe de liberté des conventions matrimoniales un principe à part dont les limitations constituent des exceptions.	95
CHAPITRE PREMIER. — Dangers au point de vue de l'interprétation'.	102
CHAPITRE II. — Dangers que présentent certaines de ces limitations même envisagées comme des dérogations aux règles du droit commun	102
§ 1 ^{er} . — Conventions concernant le droit pour la femme de disposer de ses biens.	103
§ 2. — Conventions relatives au droit pour la femme de s'obliger, d'administrer ses biens et d'en jouir. . . .	118

DEUXIÈME PARTIE

DU RÉGIME A ADOPTER

CHAPITRE PREMIER. — De la possibilité de n'établir aucun régime spécial pour les biens des époux pendant le mariage et par suite de les soumettre au droit commun	126
CHAPITRE II. — Du régime légal à adopter	131
CHAPITRE III. — De l'évolution de la conception du mariage. Ses causes et ses tendances	139
CHAPITRE IV. — Précédents législatifs de la suppression de la liberté des conventions matrimoniales	145
CHAPITRE V. — Choix du régime légal unique à adopter. . .	153
CONCLUSION	161

Imp. J. Thevenot, Saint-Dizier (Haute-Marne).
